חנה ארנדט: חצי מאה של פולמוס

קובץ מאמרים

עורכים: עדית זרטל משה צוקרמן

The Rich FOUNDATION for Education, Culture & Welfare

מאדום
הוצאת הקיבוץ המאוחד

HEINRICH BÖLL FOUNDATION

47. שם, עמ' 1.
48. Shlomo Kulcsar et al., "Adolf Eichmann and the Third Reich", in Ralph Slovenko, ed., *Crime, Law and Corrections*, Springfield, Ill. 1966, p. 21 (להלן: קולצ'ר ואחרים).
49. שם, עמ' 42.
50. שם, עמ' 51.
51. דו"ח בדיקה, עמ' 10.
52. קולצ'ר ואחרים, עמ' 30.
53. דו"ח בדיקה, עמ' 1.
54. קולצ'ר ואחרים, עמ' 32-33.
55. שם, עמ' 50-51.
56. שם, עמ' 48.
57. שם, עמ' 30.
58. שם, שם.
59. שם, עמ' 40.
60. José Brunner, "Eichmann's Mind: Psychological, Philosophical, and Legal Perspectives", *Theoretical Inquiries in Law*, 1 (2000), pp. 429-463
61. דו"ח בדיקה, עמ' 7.
62. The Confession of Adolf Eichmann, *Life Magazine*, Vol. 49, No. 22, November 28, 1960
63. דו"ח בדיקה, עמ' 7.
64. Adolf Eichmann, *Götzen* (זכרונות שלא ראו אור; בתיק של גנזך המדינה הישראלי) (גרמנית) (להלן: אלי השקר) תרגום המובאות מכתב-היד של אייכמן נבדק על ידי המחבר מול המקור הגרמני.
65. שם, עמ' 8.
66. שם, עמ' 677.
67. שם, עמ' 26.
68. שם, עמ' 32.
69. שם, עמ' 33-34.
70. דו"ח בדיקה, עמ' 8.
71. אלי השקר, עמ' 65-67.
72. שם, עמ' 581.
73. שם, עמ' 286-288.
74. אייכמן בירושלים, עמ' 135.
75. אלי השקר, עמ' 138-139.

ליאורה בילסקי
בחזרה לטריטוריה: חנה ארנדט ומשפט אייכמן

"הפשע החדש, הפשע כלפי האנושות [...] הופיע כאשר המשטר הנאצי הכריז כי העם הגרמני לא רק שאינו מוכן שיהיו יהודים בגרמניה, אלא מבקש גם להעלים את כל העם היהודי מעל פני האדמה."[1]

הפשע החדש, פשע נגד האנושות, הוא שהביא את חנה ארנדט לירושלים, אל משפטו של אדולף אייכמן. בסדרת מאמרים בניו יורקר, ולאחר מכן בספרה *אייכמן בירושלים*, סיכמה ארנדט את התרשמויותיה ומחשבותיה בעקבות המשפט הלא-רגיל הזה, ועוררה מחלוקת חריפה בעולם היהודי ובקהילה הבינלאומית. מיום שהמושג פשע נגד האנושות קיבל את הכרת הקהילה הבינלאומית, הוא זכה לפרשנויות שונות ומשתנות בערכאות השיפוט שניסו להפעילו הלכה למעשה.[2] פרשנויות אלו נעו בין הקצה האינדיווידואלי לקצה הקולקטיבי; כלומר, היו שהדגישו את האכזריות המיוחדת כלפי האינדיווידואל (חוסר האנושיות) כבסיס לפשע החדש, ולעומתם הדגישו אחרים את האופי הקולקטיבי, האידיאולוגי והמאורגן של הפשעים כמקור הסכנה החדש לאנושות. התלבטות זו אינה מקרית והיא משקפת מתח המלווה את הקטגוריה המשפטית מתחילתה.

מצד אחד, המציאות ההיסטורית שיצרה את הפשע החדש העידה על כישלון תהומי של הקהילה הבינלאומית לספק את ההגנה המינימלית לאדם באשר הוא אדם, כישלון שנצרב בזיכרון הקולקטיבי כפשעי אושוויץ. ומצד שני, עצם ההתגייסות הבינלאומית להגדרת הפשע החדש וליצירת טריבונל שיפוטי בנירנברג בעקבות מלחמת העולם השנייה כדי לשפוט מעשים אלו, נתפסת בעיני רבים כהתקדמות. היא משקפת את ההתקדמות האנושית ממצב של שלטון הכוח ביחסים בין מדינות להפעלה גוברת והולכת של מרות החוק גם ברמה הבינלאומית, כלומר, הפעלת דין פלילי אישי כלפי האחראים להפרתו של החוק. ההתגייסות הבינלאומית הוגדרה כנחוצה להתמודדות עם השיטתיות ועם האופי המאורגן של ביצוע הפשע. בין הרמה הבסיסית של

האנושי, אותו גוף אנושי חשוף לחלוטין באושוויץ,[3] לבין הרמה האידיאלית, של התפתחות של קהילה בינלאומית המאמצת סטנדרטים אוניברסליים לשיפוט, המוציאים את הסכסוך משליטתם הבלעדית של הצדדים לו, מצויה אותה קטגוריה משפטית חדשה של "פשע נגד האנושות", שנועדה לגשר על הפער. ואולם, מאחר שהדיון בפשע נגד האנושות נע בין הקוטב האינדיווידואלי (קורבנות הפשע) לבין הרמה האוניברסלית (הקטגוריה המשפטית) לא נערך עד היום דיון מעמיק במציאות הפוליטית המורכבת המלווה את לידת הפשע החדש, וגם את הקושי לאוכפו בעזרת בית משפט.

במאמר זה ברצוני להציע קריאה חדשה של הפרשנות שהציעה חנה ארנדט לפשע נגד האנושות. קריאה זו תאפשר לי להראות כיצד רבות מן הבעיות שנתגלו עם הזמן בהפעלת הקטגוריה המשפטית בטריבונלים שונים נבעו מהתעלמות מן הרובד הפוליטי של הפשע. במילים אחרות, הרובד של הקהילה הפוליטית, שהוא יסוד מרכזי במשפט הפלילי המודרני ובסיס להבחנתו מן המשפט הפרטי, נעלם בדיונים הרווחים על אודות פשע נגד האנושות. התעלמות זו מן הרובד הקהילתי־הפוליטי של המשפט הפלילי נועדה ליצור לגיטימציה לפיתוח המשפט הפלילי הבינלאומי, על ידי הצגת עקרונותיו כאוניברסליים. ואולם אי התמודדות עם הרובד הפוליטי־קהילתי של הנורמה לא חיזקה את הקטגוריה המשפטית החדשה אלא דווקא הותירה אותה כאות מתה במשך זמן רב. בהמשך המאמר אטען, כי ארנדט צפתה בעיות אלו, ולו בחלקן, ועמדה על הסכנות שבשני הקטבים של פרשנות הפשע – הקוטב האינדיווידואלי והקוטב האוניברסלי – וניסתה לשרטט בספרה את תחום הביניים שבו צריך לפעול המשפט הפלילי – הספירה הפוליטית.

הקהילה המשפטית הבינלאומית התעלמה עד היום כמעט לחלוטין מן הפרשנות לפשע נגד האנושות שארנדט הציעה בספרה. הטון הפולמוסי של ספרה של ארנדט, וגם אמירות שלה, שבמבט ראשון נדמה כי אינן מתיישבות זו עם זו, היקשו על התייחסות מהותית להצעותיה. הקריאה שלי תנסה ליישב אמירות אלו על ידי חשיפת הבסיס התיאורטי שעליהן הן עומדות. לבסוף אטען, כי קריאה מחודשת בפרשנות שהציעה ארנדט לפשע נגד האנושות תאפשר להתגבר על כמה מן הדילמות הקשות ביותר שבהן נתקלת הקהילה הבינלאומית היום, במעבר מהכרה בפשע ברמה הלאומית לאכיפתו באמצעות טריבונלים בינלאומיים. דיון זה ייעשה על רקע ההתפתחויות

המרשימות שעבר המשפט הבינלאומי בעשור האחרון לקראת יצירת אפשרויות טובות יותר לאכיפת הדין הפלילי הבינלאומי, הן במישור הלאומי (באמצעות בתי משפט של מדינות צד ג') הן במישור העל־לאומי (באמצעות יצירת בית הדין הפלילי הקבוע בהאג).

המשפט בירושלים

משפטי נירנברג היו לקהילה הבינלאומית תמרור דרך. בפעם הראשונה הובאו לדין פלילי בפני טריבונל בינלאומי מנהיגיה הפוליטיים של מעצמה שהובסה במלחמה, שהואשמו בביצוע פשעי מלחמה ופשעים נגד האנושות. השאלה הקשה שהמשפט הבינלאומי התמודד איתה בעקבות משפטי נירנברג הייתה, כיצד אפשר להפוך את ההסדר החד־פעמי (בית דין צבאי בינלאומי שהוקם בחסות בעלות הברית) למציאות נמשכת; כיצד יהיה אפשר להבטיח את אכיפת החוק החדש "פשע נגד האנושות" גם בעתיד.

אחת הפעולות הראשונות לקראת אכיפה טובה יותר של הנורמות הבינלאומיות החדשות נקט בית המשפט הישראלי כעבור חמש עשרה שנה, במהלך משפטו של אדולף אייכמן. אדולף אייכמן, שנמלט עם סיום המלחמה לארגנטינה והסתתר תחת זהות בדויה, נתפס על ידי המוסד הישראלי בשנת 1960 והובא למשפט בירושלים. בית המשפט הישראלי קבע את התקדים המאשר את סמכותו של בית משפט לאומי רגיל לשפוט "פשעים נגד האנושות" שבוצעו מחוץ לתחום השיפוט הטריטוריאלי שלו. כדי להצדיק מהלך זה צריך היה בית המשפט לספק בסיס חדש לסמכות השיפוט שלו, שיתגבר על המגבלות המסורתיות של המשפט הפלילי הטריטוריאלי (כלומר, גבולות הריבונות). הסניגוריה טענה, כי מאחר שהפשעים בוצעו מחוץ לישראל ולפני הקמתה של המדינה, לא קמה לבית המשפט הישראלי סמכות שיפוט. למרות שבית המשפט יכול היה להסתמך על החוק הישראלי לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, 1950 – חוק שהעניק לו סמכות שיפוט מיוחדת לגבי פשעים שבוצעו נגד העם היהודי בזמן השלטון הנאצי,[4] – הוא החליט לפתח בסיס נוסף לסמכות השיפוט שלו, תוך הסתמכות על עקרונות המשפט הבינלאומי.

בית המשפט ביסס את סמכות השיפוט הפלילית האקסטרה־טריטוריאלית על שני אדנים. הראשון היה דוקטרינת "האישיות הפאסיבית", לפיה מדינה קונה סמכות שיפוט על פשעים שבוצעו

מחוץ לטריטוריה שלה כאשר היא יכולה להראות קשר מיוחד לקורבן הפשע.[5] בדרך כלל צריך שהקורבן יהיה אזרח המדינה; אך מכיון שישראל לא הייתה קיימת בזמן הפשע, זיהה בית המשפט אותה זיקה מיוחדת בעובדת היותם של הקורבנות יהודים. שנית, ערכאת הערעור, שהייתה מודעת ככל הנראה לבעייתיות שבעצם השימוש בסיווג משפטי על בסיס אתנו־דתי, פיתחה הצדקה נוספת לסמכות השיפוט, שמקורה בדוקטרינה של סמכות השיפוט האוניברסלית.[6] בית המשפט העליון קבע, כי לפי המשפט הבינלאומי, כאשר מדובר בפשעים נגד האנושות, אין צורך לבסס זיקה טריטוריאלית או אישית של המבצע או של קורבנותיו אל בית המשפט כדי להקנות לזה האחרון סמכות שיפוט. לגבי פשעים אלו מעניק המשפט הבינלאומי לכל אחת מן המדינות החברות בקהילת העמים סמכות לאכוף את הנורמות שלו. התיאוריה החדשה נקראה "דוקטרינת סמכות השיפוט האוניברסלית". בית המשפט העליון בעניין אייכמן קבע:

> הפשעים שיוחסו למערער, לא רק שהם נושאים כולם אופי בין־לאומי, אלא תוצאותיהם המזיקות והקטלניות היו כה מקיפות ונפוצות עד שהיה בהן כדי לפגוע עמוקות ביסודות – ואף ביציבות – של הקהילה הבין־לאומית. על־כן, מדינת ישראל הייתה זכאית, על־פי העקרון של סמכות אוניברסלית ובשמשה בעניין זה בתפקיד של "שומר המשפט הבין־לאומי" ומבצעו, לשפוט את המערער בפלילים. מכיוון שכך, אין חשיבות לעובדה, כי מדינת ישראל לא הייתה קיימת בעת שנעברו העבירות הנדונות.[7]

התיאוריה החדשה בדבר התקיימות סמכות שיפוט אוניברסלית איפשרה לבית המשפט לעקוף את מחסום הריבונות הטריטוריאלית. כיבוד הריבונות של המדינות בא לכלל ביטוי בייחוד של סמכות שיפוט טריטוריאלית לכל מדינה על פשעים שנעברו בתחומה. כיבוד הריבונות של המדינות משמעו בפועל היה אי הפעלת הדין הפלילי בגין פשעים נגד האנושות, שכן פשעים אלו נעשים פעמים רבות תחת חסות הריבונות של מדינה, ולשם קידום מה שנתפס כאינטרס לאומי. מדינת האומה לא רואה במעשים אלו פשעים נגד האנושות, ואילו מדינות אחרות רואות עצמן מנועות מהתערבות בשל כיבוד עקרון הריבונות. "דילמת הריבונות", כפי שכינתה אותה ארנדט בספרה על מקורות הטוטליטריזם, יצרה קושי מהותי לפיתוח כלים כדי לשפוט פשעים נגד האנושות.[8]

הדילמה נוצרת מן המתח בין שני ציוויים הנראים מנוגדים, אך הנובעים שניהם מן הרעיון של זכויות האדם. בשם זכויות האדם הקהילייה הבינלאומית מכירה בזכות להגדרה עצמית של עם ובצורך לכבד את הפעלת הריבונות שלו בגבולות הטריטוריה לאחר יצירת היישות המדינית. אך הפעלת הריבונות יוצרת, בה בעת, את הצורך להגן על פרטים ועל קבוצות מיעוט מפני הפרה שיטתית של זכויות האדם שלהם על ידי המדינה שאליה הם משתייכים. בהעדר בית משפט בינלאומי בעל סמכות בעניינים פליליים – פשעים אלו נותרים לא אכיפים.[9]
דוקטרינת סמכות השיפוט האוניברסלית כפי שפירש אותה בית המשפט בירושלים הציעה פתרון אלגנטי לבעיה, שכן היא קישרה בין מהות הפשע (נגד האנושות) לבין אופן אכיפתו (יצירת סמכות שיפוט לכל בית משפט לאומי בשל היותו חלק מן הקהילה הבינלאומית). הזיקה היחידה שנדרשה לכאורה כדי לבסס את סמכות השיפוט של בית משפט של מדינה הלוקחת על עצמה לשפוט פשעים נגד האנושות, היא נוכחות הנאשם.[10] באופן זה יצר בית המשפט הישראלי בסיס לאכיפה נמשכת בגין הפרות בוטות של המשפט הבינלאומי העולות לכדי פשעים נגד האנושות, וזאת על ידי הסתמכות על המנגנון הקיים של בתי משפט לאומיים.

החוק ופורום השיפוט

חנה ארנדט ידועה בביקורתה על משפט אייכמן, ובמיוחד על אופן ניהולו על ידי התביעה הישראלית. היא ביקרה את התובע גדעון האוזנר ואת ראש הממשלה דוד בן־גוריון, על שהשתמשו במשפט ככלי לקידום אג'נדה פוליטית. היא סברה כי התביעה השתמשה במשפט כדי לקדם גירסה ציונית של ההיסטוריה של השואה, תוך נכונות לסטות מכללי ההליך ההוגן כדי להשיג יעד זה. ארנדט קראה בתגובה להפרדה מלאה של המשפט מן הפוליטיקה, ושללה את הלגיטימיות של שימוש בהליך המשפטי כדי לקדם מטרות פוליטיות "חיצוניות" למשפט. לדעתה, המטרה הלגיטימית היחידה לשימוש במשפט פלילי היא בירור אשמתו של הנאשם על סמך ראיות ועדויות: "מטרתו של המשפט היא לעשות צדק, ותו לא; אפילו הנעלה שבמטרות החריגות [...] יכולה לגרום לסטייה מעניינו העיקרי של החוק: לשקול את ההאשמות נגד הנאשם, לפסוק את דינו, ולקצוב לו עונש מתאים."[11]

מול הרטוריקה החינוכית של התביעה הציגה ארנדט רטוריקה לגליסטית. הניסיון להרחיב את יריעת המשפט כדי להופכו לבמה להשמעת עדויות של קורבנות השואה נתפס בעיניה כסטייה מעקרונותיו הליברליים של המשפט הפלילי. היא קראה לשימוש בקטגוריה המשפטית האוניברסלית "פשע נגד האנושות", והתנגדה לשימוש בקטגוריה החדשה הפרטיקולרית שיצר המחוקק הישראלי בשנת 1950 בחוק לעשיית דין בנאצים ובעוזריהם, "פשע נגד העם היהודי", שכן בדרך זו מתעלמים מן המימד האוניברסלי של מעשיו של אייכמן ומאופיו הייחודי של הפשע.

ביקורתה הנוקבת של ארנדט על התביעה הישראלית בראשותו של האוזנר פותחת את הספר *אייכמן בירושלים*, והיא זכתה לתשומת לב ציבורית רבה. פחות ידועה עמדתה בנוגע לסמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי. אמנם לדעת ארנדט המקום הראוי לשפוט את אייכמן היה בית דין בינלאומי פלילי, ואולם בהעדרו היא צידדה בהקניית סמכות שיפוט לבית המשפט הישראלי.[12] בסוגיה זו מתגלה ארנדט כמי שעמדה נגד רבים בקהילה הבינלאומית, שדחו על הסף את הלגיטימיות של בית המשפט הישראלי, וראו את המשפט כולו כמשפט פוליטי, בשל היות השופטים יהודים המזוהים עם קהילת הקורבנות. לדעת ארנדט, כשם שכל בית משפט לאומי מקבל סמכות לשפוט פשעים שבוצעו נגד אזרחים בני הלאום שלו, כך גם בית משפט ישראלי. הקושי העיקרי לדעתה היה נעוץ לא בזיהוי בין השופט לקורבן, אלא בפרשנות המושג "טריטוריה", המגדירה בדרך כלל את גבולות סמכותם של בתי המשפט הלאומיים.

במבט ראשון דומה כי עמדות אלו של ארנדט אינן מתיישבות. מחד גיסא, ארנדט שוללת את השימוש בקטגוריה של "פשע נגד העם היהודי", ומאידך גיסא היא מצדדת בהקניית סמכות שיפוט לבית משפט לאומי ששופטיו משתייכים ללאום היהודי ומזוהים עם קורבנות השואה. נוצרת סתירה לכאורה בין עמדתה ביחס למהות הפשע – ביקורת על הפרטיקולריזם של החוק הישראלי ובחירה בחלופה האוניברסלית, לבין עמדתה ביחס לסמכות השיפוט – נכונותה להכיר בסמכותה של מדינת הקורבנות לשפוט את הרוצח, כלומר בחירה בקוטב הפרטיקולרי.

כיצד, אם בכלל, אפשר ליישב את המתח המתגלה בבחירות אלו של ארנדט? המפתח נעוץ, לדעתי, במקומה של הקהילה הפוליטית בפרשנות הפשע ובבחירת הפורום השיפוטי הנאות. בספרה נמנעת ארנדט, לדעתי במתכוון, מבחירה בקוטב הפרטיקולרי או בקוטב

האוניברסלי, שכן אלו אינם נמצאים לדעתה משני צדי המתרס, כאשר דנים בפשע נגד האנושות. בהתאם לכך, פרשנותה של ארנדט נמנעת מלדון בפשע זה ברמה הקונקרטית לחלוטין (סבלו של הקורבן האינדיווידואלי), או ברמה המופשטת לחלוטין (הפגיעה בזכויות של הקהילה האנושית), אלא עוצרת במתכוון במחצית הדרך, ברמה הפוליטית – של הקהילה ההיסטורית שנגדה כוון הפשע, ואשר הפגיעה בה מהווה הן פגיעה פרטיקולרית בקהילה פוליטית ממשית והן פגיעה אוניברסלית באחד הבסיסים החשובים ביותר של הקהילה האנושית הכללית – הבסיס של הקיום הפלורלי האנושי.

מהות הפשע נגד האנושות

ארנדט הטילה פצצה לעולם, כאשר כינתה את המצב הנפשי שליווה את אייכמן בביצוע פשעיו הנוראים "הבנאליות של הרוע". בכך קראה תיגר על הקשר ההיסטורי, שאת קיומו מניח המשפט הפלילי, בין חומרת המניע לחומרת המעשה. הנחה זו נסתרה לדעתה במסגרת מנגנון הפשע הנאצי. דווקא המניע הבנאלי של ריצוי הממונים, של התקדמות בסולם הקריירה, הוא שסייע לדעתה למנגנון הרצחני של המשטר הנאצי לגייס לשורותיו את הפקידים היעילים, ולהפוך את הרצח לשיטתי וכולל. ההתמקדות בפושע החדש המאופיין בבנאליות של המניעים סייעה לארנדט להבין את הצורך הדחוף לחוקק נורמות משפטיות חדשות שיתמודדו עם הפשעים החדשים וימנעו את התרחשותם שוב בעתיד. מאחר שפשעים אלו נעשים בשם מדינות ובאופן מאורגן ושיטתי, לא ניתן להסתמך על תפיסת מעשי הפשע כ"סטייה" מהנורמה, כפי שהללו הובנו ברגיל על ידי המשפט הפלילי המסורתי, ויש לפתח כלים להבין כיצד מערכת חוק שלמה הופכת להיות פושעת.

> בדיוק כפי שהחוק בארצות נאורות מניח שקול המצפון אומר לכל אחד "לא תרצח", אף שתשוקותיו ונטיותיו הטבעיות של אדם עשויות להיות רצחניות, כך החוק בארצו של היטלר דרש שקול המצפון יאמר לכל אחד "תרצח" [...] הרשע בריין השלישי איבד את התכונה שעל פיה רוב בני האדם מבחינים בו – תכונת הפיתוי.[13]

לדעת ארנדט, הדרך להפוך פקידים רגילים לרוצחי־מכתבה, כפי שאירע במסגרת השלטון הנאצי, היא שיצרה את הסכנה הממשית

לאנושות בעתיד. ארנדט ידעה היטב, כי פשע חסר תקדים יכול להיות תקדים בעצמו, וכי מה שהופיע פעם אחת בעולם עתיד להופיע שוב, ולכן ייחסה חשיבות רבה מאוד לקביעת התקדים המשפטי הנכון.
גישה זו הציבה אותה כמתנגדת לשני כוחות חזקים במיוחד שמשכו את בית המשפט אל הכיוון ההפוך. השופטים, כשחקנים במערכת משפטית המחויבים לקטגוריות ולהבחנות של אותה מערכת, ניסו לקדם את הגישה, שלפיה אפשר להתאים את פשעיו של אייכמן לתקדימים משפטיים קיימים. הדבר היה חשוב במיוחד לנוכח קריסת הלגאליזם תחת המשטר הנאצי – חשיבות המשפט בירושלים הייתה לא רק בענישתו של אייכמן, אלא בהוכחה לציבור בישראל ובעולם, כי ההליך המשפטי שבמסגרתו נשפט אייכמן היה הליך לגאלי והוגן. על כן היה חשוב לדון בפשעי אייכמן בהתאם למרכיבי המשפט הפלילי של יסוד נפשי (מנס ריאה) המשתלב עם יסוד עובדתי (אקטוס ריאוס), וכן של ההבחנה בין מבצע עיקרי לבין מסייע ומשדל, וכיוצא באלה הבחנות של המשפט הפלילי המהותי.
מאידך גיסא, כצופים במהלך המשפט וכמאזינים לעדויות ניצולי השואה, הגיבו השופטים גם לצורך של הקורבנות להדגיש את ייחודה של השואה, לפתוח פתח לעדויות על ההשמדה הנאצית כפי שזו התבצעה בקצה המרוחק ביותר ממכתבתו של אייכמן. הם רצו לאפשר גם לקורבנות שלא פגשו באייכמן ושלא נשאו ונתנו איתו, לתת עדות על סבלם תחת מכונת ההשמדה הנאצית.
מגמות סותרות אלו התלכדו בפרשנות שנתנו ל"פשעים נגד האנושות". בית המשפט הרחיב את הקטגוריה המשפטית כך שיהיה אפשר להחיל תקדימים בינלאומיים על ענייני של אייכמן ולהציג את ענייני ככזה שאינו מעורר קושי משפטי מיוחד. בית המשפט פתח פתח לעדויותיהם של כמאה ניצולים שסיפרו את סיפור השואה מנקודת מבטם האישית, ויחדיו הצליחו לתת שם וצורה לשואה היהודית כפשע היסטורי חסר תקדים.[14] בה בעת כינס בית המשפט את מעשי הזוועה הנאציים תחת קורת הגג של רכיבי העבירה הקלאסיים של המשפט הפלילי.
בניגוד לבית המשפט, שראה את חוסר התקדים ההיסטורי במניע השטני של הפושע, מניע שהמשפט הפלילי המודרני פטור מלדון בו,[15] ארנדט ראתה את ההיבט חסר התקדים בפשעיו של אייכמן במטרתם, פשעים שכוונו נגד התנאי הראשוני לקיום אנושי: הפלורליות האנושית. לפיכך היא סברה, כי המשפט לא צריך להתמקד בשאלה האם אייכמן רצח במו ידיו, או האם אייכמן שיקר, אלא דווקא בניסיון

להתייחס ברצינות ליסוד הנפשי שהניע פקיד בכיר זה של מנגנון ההשמדה הנאצי, ולקרוא מחדש את יסודות המשפט הפלילי כדי שיתמודדו עם הפער הבלתי נתפס בין הבנאליות של המניע לבין זוועת התוצאה.
ייחודו של הפושע (פושע המכתבה) הצטרף במקרה זה לייחודה של מטרת הפשע נגד האנושות, ובמידה רבה איפשר אותו:

> הפשע החדש, הפשע כלפי האנושות – במובן של פשע "כלפי המצב האנושי" או כלפי עצם טבעו של המין האנושי, הופיע כאשר המשטר הנאצי הכריז כי העם הגרמני לא רק שאינו מוכן שיהיו יהודים בגרמניה, אלא שהוא מוכן להעלים את כל העם היהודי מעל פני האדמה. יש להבדיל בין גירוש ובין רצח עם [...] רצח עם הוא התקפה על עצם המגוון אנושי, כלומר נגד מאפיין של "המצב האנושי" שבלעדיו המילים "המין האנושי" או "אנושות" מתרוקנות מכל משמעות.[16]

על פי ניסוח זה, פשעים נגד האנושות אינם רק "פעולות בלתי אנושיות" וגם אינם דומים לפשעים מוכרים יותר, כמו רצח המוני. ייחודם נובע מכך שהם מאיימים על עצם האפשרות של הקיום האנושי (מה שארנדט מכנה "המצב האנושי"), כיון שמטרתם היא מחיקתה של קבוצה שלמה מעל פני האדמה. אופיו של הפשע הוא שנותן לו בסיס קהילתי קונקרטי. מעבר לאיום על המין האנושי כולו, הוא מכוון נגד אומות מסוימות (יהודים, צוענים ואחרים). בית המשפט הכיר אמנם באופיו המיוחד של הפשע, אך כפי שראינו, הוא העניק לו פרשנות פרטיקולריסטית בעזרת הקטגוריה של "פשעים נגד העם היהודי".[17]
ההתמקדות בסבל של הקורבנות במשפט מנעה גם היא אפשרות לבחון את הפשע ברמה המופשטת יותר של פגיעה בקהילה רחבה, פגיעה המהווה מסד למשפט הפלילי המודרני. ארנדט, לעומת זאת, ראתה את הפשע הספציפי (נגד היהודים) כביטוי אחד של פשע אוניברסלי (נגד האנושות) שניתן יהיה לבצע נגד קבוצות אחרות בעתיד. גם היא, כמו בית המשפט הישראלי, הדגישה את ההיבטים הקולקטיביים של הפשע, אך שלא כמו בית המשפט, היא זיהתה פגיעה נוספת בקהילה הגדולה יותר, הקהילה האנושית, כיון שכל ניסיון לחסל קבוצה אחת צריך להתפרש גם כהתקפה על הפלורליות האנושית.

המשפט הפלילי המודרני מפריד בדרך כלל את הדיון בין שאלת סמכות בית המשפט לדון במקרה – שאלה המוכרעת בשלב המקדים של המשפט – לבין שאלת פרשנות החוק החל על המקרה. בספרה של ארנדט, הדיון בפרשנות הראויה לפשע החדש אינו מנותק מן הדיון המוסדי בדרכים הראויות לאכיפתו. במסגרת האפילוג של *אייכמן בירושלים* חוזרת ארנדט לדון בכמה התנגדויות למשפט שהועלו בקרב הקהילה הבינלאומית. כאן היא דנה בפרשנות הראויה לפשעים נגד האנושות, בשאלת משוא הפנים של בית משפט יהודי, ובסמכות השיפוט של בית משפט ישראלי. היא דוחה את הביקורת בכל הנושאים הללו וקובעת, כי אפשר לבסס את סמכותו של בית המשפט הישראלי. ובכל זאת, היא מבססת סמכות זו בצורה שונה מזו שהציע בית המשפט. בנקודה זו נוכל לבחון את תפקידה של הקהילה הפוליטית בתורת המשפט הפלילי של ארנדט, ולראות כיצד זו עשויה לעזור לנו להתמודד עם ההתפתחויות העכשוויות במשפט הבינלאומי.

ארנדט בודקת את שתי ההצדקות שסיפק בית המשפט להרחבת סמכות השיפוט הטריטוריאלית שלו, וטוענת כי הן אינן מספקות. דוקטרינת "האישיות הפאסיבית", כך טענה, איננה תואמת את יסודות המשפט הפלילי המודרני, שהעביר את השליטה בהליך הפלילי מן האינדיווידואל אל הקהילה הנפגעת (מדינת האומה).[18] דוקטרינה זו מדגישה את העוול שנגרם לקורבנות האינדיווידואליים, ורואה בו את הסיבה העיקרית להליך המשפטי, ולא את העוול הכללי יותר ל"קהילה" הנפגעת. עובדה זו יכולה, לדעתה, ליצור קירבה מוגזמת בין המשפט הפלילי לנקמה פרטית, שאותה הוא בא להחליף. היא אף נותנת לקורבן הספציפי שליטת יתר על ההליך הפלילי, בדומה להליך אזרחי, ובכך מטשטשת את ההבדל בין דיני הנזיקין לדין הפלילי.[19]

ארנדט ביקרה גם את הרחבת סמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי מכוח דוקטרינת "סמכות השיפוט האוניברסלית", כיון שהיא מבוססת על אנלוגיה שגויה לחוקים שנועדו לטפל בשודדי ים. שודד ים, כתבה ארנדט, הוא אדם הנמצא "מחוץ לחוק" (outlaw) וללא דגל, והוא פועל בים הפתוח, מחוץ לתחום שיפוטה של מדינה כלשהי.[20] אייכמן, שלא היה כלל וכלל "מחוץ לחוק", שירת כחבר נאמן במדינתו ופעל בשמה. במילים אחרות, הבעיה שהציג הנאציזם בפני הקהילה הבינלאומית לא הייתה בעיה של פרטים הנמצאים מחוץ לחוק, אלא

בעיה שעלתה מפעולותיה של "מדינה מחוץ לחוק" – מדינה פושעת.[21] הקניית סמכות שיפוט אוניברסלית לכל מדינה על שודד הים על פי הדין הבינלאומי לא יצרה קונפליקט פוליטי בין מדינות, שכן הוא אינו פועל בחסות מדינה. ואכן, מלכתחילה הֵצר המשפט הבינלאומי את סמכות השיפוט האוניברסלית רק כנגד שודדי ים הפועלים על דעת עצמם, ולא כאלו שפעלו בשליחות מדינות.[22]

למרות שארנדט ביקרה את שני הבסיסים שבית המשפט הציג להרחבת סמכות שיפוט טריטוריאלית, היא תמכה בכל זאת בהכרה בסמכות השיפוט שיש לבית המשפט הישראלי בעניין אייכמן. היא טענה, כי במקום לחפש "יוצא מן הכלל" לסמכות הטריטוריאלית צריך היה בית המשפט לפרש מחדש את עקרון הטריטוריאליות כדי שיתאים לאופיו של הפשע החדש ויקנה לו סמכות שיפוט. כיון שפרשנותה היא כה חדשנית, ראוי לצטט אותה במלואה:

> ישראל הייתה יכולה לטעון בקלות לסמכות שיפוט טריטוריאלית לו רק הסבירה ש"טריטוריה", כפי שהחוק מבין זאת, היא מושג פוליטי ומשפטי ולא מונח גיאוגרפי גרידא. המושג אינו קשור דווקא, ולא בעיקר, לפיסת אדמה, אלא למרחב בין יחידים בקבוצה שחבריה קשורים זה לזה, ובו בזמן נפרדים זה מזה ומוגנים זה מפני זה באמצעות כל מיני יחסים, המבוססים על שפה משותפת, דת, היסטוריה משותפת, מנהגים וחוקים. יחסים כאלה מגיעים לידי ביטוי במרחב כל עוד הם עצמם מהווים את המרחב שבתחומו חברי הקבוצה השונים מתייחסים איש לרעהו ומתקשרים זה עם זה.[23]

על בסיס פרשנות תרבותית זו של מושג ה"טריטוריאליות", ניסתה ארנדט להצדיק את סמכות השיפוט הישראלית על פשעים נגד האנושות. הפשעים כוונו נגד העם היהודי כקבוצה, ובמובן זה פגעו בטריטוריה של העם היהודי. היא הסבירה, כי יהודים לאורך הדורות שמרו על הטריטוריה שלהם כקהילה, וכי לאחר השואה ירשה מדינת ישראל את המרחב התרבותי הזה,[24] בין השאר מכוח העובדה שמאות אלפי ניצולים הפכו את ישראל לביתם. עצם ניסיונם של הנאצים להרוס את ה"טריטוריה" המיוחדת שקשרה את היהודים אלה לאלה לאורך הדורות, היא שהפכה את פשעם לייחודי; כלומר, למשהו שונה באיכותו מניסיון לרצוח יהודים כאינדיווידואלים (גם אם באופן המוני). מדינת ישראל, שהוקמה לאחר השואה, זכתה להכרה בינלאומית בין השאר בשל הכרת העולם בפשע שנעשה לקהילות

היהודיות. הניסיון לחסל את ה"טריטוריה" היהודית הוא שהצדיק לדעת ארנדט את מתן סמכות השיפוט לטריטוריה הפוליטית החדשה שהוקמה בישראל, ואשר קלטה רבים מן הניצולים. במילים אחרות, בסיס הלגיטימיות להגדרה העצמית המדינית ליהודים הוא שמצדיק את סמכות השיפוט של מדינת ישראל על אייכמן.[25]

פרשנותה המרחיבה של ארנדט לעקרון הטריטוריאליות מניחה שיש למצוא נקודת סימוכין חזקה יותר לסמכות של בית משפט לאומי, מעבר להיותו חבר בקהילת העמים. עם זאת, אסור לה לסמכות השיפוט שתכבול עצמה לקורבנות הספציפיים, ובכך תאבד את המשמעות של המשפט הפלילי, השונה מפיצוי על נזק פרטי. בכך מקבלת ארנדט למעשה את דברי בית המשפט, שכתב:

> [...] בנוגע לפשעים שכוונו נגד היהודים, מצא בית־המשפט המחוזי "נקודת סימוכין" על סמך הקשר בין מדינת ישראל לבין העם היהודי, לרבות הקשר שבין מדינת ישראל והקורבנות היהודיים של השואה לבין "הבית הלאומי" בארץ־ישראל, כפי שבואר בפסק־הדין [...] אנו סומכים את ידינו על כל מילה שאמר בית־המשפט על הנושא הזה [...][26]

ואולם ארנדט חושבת שאפשר לפרש מחדש את עקרון הטריטוריאליות על סמך נקודת סימוכין זו בצמוד לפרשנות החדשה שהיא העניקה לפשע נגד האנושות. ללא נקודת סימוכין זו, רבות הן סכנות לפוליטיזציה של משפט הנערך במדינה צד ג', שאין לה כל זיקה מהותית לסכסוך. במילים אחרות, ספק אם על פי ספרה של ארנדט מוצדק היה לשפוט את אייכמן בנורווגיה, ואילו דווקא בישראל, מדינתם של רבים מקורבנות השואה, מתקיימת הצדקה מיוחדת לשפוט את אייכמן, לאור זיקתה לפשע ולקהילת הקורבנות. ואולם ארנדט לא הרחיבה נקודה זו בספרה.

חשוב להדגיש, כי פרשנותה של ארנדט לעקרון הטריטוריאליות מצמצמת את סמכות השיפוט של בית המשפט הישראלי מכוח שתי האלטרנטיבות הנדונות בפסק הדין של דוקטרינת "האישיות הפאסיבית" ודוקטרינת הסמכות האוניברסלית. בניגוד לסמכות השיפוט האוניברסלית, ארנדט טענה כי בית משפט ישראלי אינו יכול לשפוט את כל הפשעים נגד האנושות, אלא רק את אלו שכוונו כלפי העם היהודי. בניגוד לסמכות השיפוט האישית הפאסיבית, לא כל פשע שכוון נגד יהודי כיהודי מצדיק מתן סמכות שיפוט לבית המשפט, אלא רק כאלה המאיימים על קיומה הרציף של הקהילה היהודית בתור שכזאת.

ארנדט דנה במהות הפשע ובפרשנות על סמכות השיפוט בסמיכות זמנים, דבר המאפשר לנו לראות לראשונה את הקשר ההדוק בין השאלות – קשר שנעלם מן העין בדרך כלל בשל חלוקת הדיון המשפטי לשלבים שונים. אפשר אפוא לראות, כי הפרשנות של ארנדט לפשעים נגד האנושות עולה בקנה אחד עם הפרשנות שהיא נתנה לעקרון סמכות השיפוט הטריטוריאלית. בשני המקרים היא דוחה פרשנות אינדיווידואליסטית של החוק הפלילי הבינלאומי, ששמה במרכז את הפרט הנפגע או את הפרט הפוגע, כדי להציב את הקהילה הפוליטית הנפגעת במרכז הדיון. כך הפרשנויות שלה לדין המהותי ולכללי הסמכות שומרות על הזיקה בין בית המשפט ובין קהילה פוליטית ספציפית, מבלי ליפול במלכודת האוניברסליזם הריק, או בזו של הפרטיקולריזם האתנוצנטרי.

ואולם דווקא הצבת הקהילה הפוליטית במרכז הדיון היא שמציבה בעיה קשה בפני קוראי הספר *אייכמן בירושלים*. נקודת הפתיחה של הדיון הייתה הצבעה על הסכנה המיוחדת שרבצה לפתחו של בית המשפט הישראלי, והיא הפיכת משפטו של אייכמן למשפט פוליטי. החשש היה שיהיה זה משפט שבו הקהילה הנפגעת מייצרת "צדק של מנצחים", כלומר, מנישה את אייכמן מכוח כוחה העדיף עליו (חטיפתו והבאתו בכוח לישראל לעמוד למשפט) ולא מכוח הלגיטימציה שניתנת למשפט שנערך בבית משפט המנותק מקורבנות הפשע. במילים אחרות, האם ההכרה בצורך לשמור על הקשר ההדוק בין כללי המשפט הפלילי המהותי לבין כללי סמכות השיפוט, לרעיון הריבונות המדינית, אינה חותרת תחת הלגיטימיות של המשפט עצמו, ומאיימת להפוך אותו למשפט ראווה? לדיון בשאלה זו אפנה בפרק הבא.

משפט פלילי וריבונות פוליטית

כל מערכת משפטית צומחת מתוך קהילה אנושית ומקושרת אליה, והיא נותרת מקושרת אליה כל עוד מדובר במשפט "חי". תפיסה מסורתית זו של המשפט באה לביטוי כבר בתחילתו של כל משפט. בשלב הראשוני, עוד לפני שהצדדים מציגים את טיעוניהם, עליהם לבסס את סמכות השיפוט של בית המשפט על הסכסוך שביניהם. החוק מחייב את הצדדים להראות קשר משמעותי בין הנושא השנוי במחלוקת לבין בית המשפט. הקשר החשוב ביותר מבוסס על זיקה טריטוריאלית, כלומר, שהפעולות שגרמו לסכסוך התרחשו בטריטוריה הכפופה לסמכות השיפוט של בית

המשפט (עקרון הטריטוריאליות). זיקה נוספת היא הזיקה האישית, במקרים שבהם אחד הצדדים לסכסוך נחשב לחבר בקהילה הפוליטית שבית המשפט מוסמך לשפוט בענייניה (עקרון הלאומיות, הכולל סמכות אישית אקטיבית או פאסיבית). לבסוף, יש להוכיח זיקה במונחי זמן – להראות ששום חוק התיישנות אינו חל על הפעולות הנידונות. שלוש הזיקות הללו, המבססות את סמכות השיפוט של בית המשפט, מצביעות למעשה על שלושת היחסים המכוננים קהילה פוליטית: מרחב, זמן ובני אדם. על מנת לבסס סמכות שיפוט, חייב בית המשפט לבחון את מידת קירבתו לסכסוך לפי כל אחת מן הזיקות הנזכרות.

כאשר עסקינן במשפט הפלילי, להבדיל ממשפט פרטי, חשוב במיוחד להביא בחשבון את הרובד הקהילתי של המשפט, שנותר כרגיל סמוי מן העין, ומסתתר מאחורי דוקטרינות משפטיות של סמכויות וחסינויות. המשפט הפלילי המודרני עשה דרך ארוכה בתהליך ההיפרדות מן התביעה האזרחית־הנזיקית. יסודו של המשפט הפלילי הוא בתביעות נזיקיות של פרט נגד פרט אחר שפגע בו. מטרת ההליך הייתה פיצוי על נזק, והצדדים הפרטיים קיבלו לפיכך שליטה בהליך. עד המאה ה־17 לא נעשתה הבחנה ברורה בין המשפט הפלילי לבין דיני הנזיקין. כך למשל, בימי הביניים, אותם מעשים שנחשבו לפגיעות אישיות, כמו מעשי תקיפה, נחשבו גם למעשים המפרים את שלום המלך במשפט האנגלי.[27]

יצירת המשפט הפלילי המודרני התרחשה במקביל לתהליך התגבשות הריבונות המדינית. בהדרגה לקחה המדינה לעצמה את השליטה בהליך הפלילי.[28] גם ההצדקה להליך מנוסחת מחדש, וצומחת הדוקטרינה של תורת הגמול, שנועדה להבחין בין המשפט הפלילי לבין הפיצוי האישי או הנקמה. על פי דוקטרינה זו, ההצדקה למשפט הפלילי יסודה בהפרה שהפר הנאשם את כללי הקהילה – את האמנה החברתית המאפשרת קיום בצוותא. במעשיו הוא פגע אמנם בזכויות ספציפיות של פרטים (הזכות לחירות, לחיים, לקניין, לשלמות הגוף וכיוצא באלה), אך פעולה זו נחשבת גם לפגיעה בקהילה, שהיא אשר תובעת את הנאשם.[29] בהדרגה הקורבן נדחק החוצה, הוא הפסיק להיות צד פורמלי להליך הפלילי, הוא אינו מיוצג עוד באופן נפרד, התביעה הפלילית עשויה להיעזר בו כעד תביעה, ואולם התביעה בשם הריבון היא ששולטת על ההליך הפלילי, והיא שמחליטה אם להגיש כתב אישום, לחתום על עסקת טיעון, לערער על פסק הדין. בשנים האחרונות מתקיים ויכוח ער לגבי מעמד הקורבן בהליך הפלילי,

העוסק בניסיונות שונים לשלב מחדש את הקורבן בהליך הפלילי בשלב גזר הדין, על ידי מתן "תצהיר קורבן" (Victim Impact Statement).[30] ואולם צעד כזה נחשב חריג במשפט הפלילי המודרני, ומעורר ביקורת רבה בשל הפגיעה האפשרית בזכויות הנאשם, ובשל החשש לפגיעה באוניברסליות של הנורמה הפלילית.

לענייננו חשוב לזכור, כי מאחר שהליך התגבשות המשפט הפלילי כפי שאנו מכירים אותו כיום התרחש במקביל לצמיחת מדינת האומה ולהתגבשות כללי סמכות השיפוט, לא נערך דיון משמעותי ברובד הקהילתי־פוליטי של המשפט הפלילי. ההנחה הייתה שהמשפט הפלילי נתון למונופול של המדינה (כחלק מן המונופול על השימוש באלימות), ולכן הקשר בין ריבונות מדינית לבין משפט פלילי לא היה זקוק להוכחה. הדיון התרכז בהצדקת ההבחנה בין משפט פלילי לאזרחי – כלומר, במעבר שעשה המשפט מן הפרט הנפגע לקהילה הנפגעת ולשיח אוניברסלי של זכויות. היה ברור לכל העוסקים בתחום הפלילי, כי הנורמות של המשפט הפלילי, אשר מנוסחות באופן אוניברסלי (פגיעה בזכות לחיים, לחירות, לקניין, לכבוד), תתפרשנה ותיאכפנה בידי התביעה הפלילית ובבתי המשפט של קהילה פוליטית רלוואנטית, אשר בשמה נחקק המשפט הפלילי הפוזיטיבי.[31] כיבוד עקרון הריבונות והביטוי המעשי שהוא קיבל בסמכות החקיקה של הפרלמנט ובסמכות השיפוט הטריטוריאלית של בתי המשפט של המדינה, הבטיחו את הקשר ההדוק בין קהילה פוליטית למשפט פלילי.

במאה ה־20, כאשר החל המעבר ממשפט פלילי מדינתי למשפט פלילי בינלאומי – בתחילה על ידי הכרה בפשעי מלחמה ובפשעים נגד האנושות, ולאחר מכן בפיתוח דרכי אכיפה – עדיין המשיכו מלומדי המשפט להשתמש באותה שפה אוניברסלית המאפיינת את המשפט הפלילי המודרני. שפה זו עזרה להציג את השינוי כהמשכי למשפט הפלילי המסורתי, ועל ידי כך לתת לגיטימציה ליצירת חוק בינלאומי פלילי.[32] ואולם השפה האוניברסלית של המשפט הפלילי העלימה שינוי משמעותי שהתרחש במקביל למעבר ממשפט פלילי מדינתי למשפט בינלאומי – השינוי שחל בקהילה הפוליטית שבשמה תובעים. במילים אחרות, האם המשפט הפלילי עדיין נשאר משפט פלילי כפי שהכרנו אותו כאשר הוא נלקח מקהילה פוליטית קונקרטית בעלת היסטוריה משותפת, ערכים משותפים, אינטרסים משותפים, מוסדות של חקיקה ושל שיפוט, ועובר לקהילה בינלאומית אמורפית? או, בניסוח אחר, מהם היסודות של קהילה פוליטית שעליהם אפשר לוותר

כאשר עוסקים במשפט פלילי בינלאומי?[33]
השפה האוניברסלית של המשפט הפלילי, שנועדה להעביר את הדיון מן הפרט הנפגע אל הקהילה הנפגעת, טשטשה את המעבר האיכותי בין סוגי קהילות שונות (לאומית ובינלאומית) ואפשרה להתחמק מן השאלה מיהי הקהילה הרלוואנטית לתביעה ולשפיטה, כאשר עסקינן בהפרת נורמות של המשפט הבינלאומי הפלילי.[34] שאלות אלו אינן שאלות אבסטרקטיות, שכן הבסיס הפוליטי של המשפט הפלילי הוא שנתן כוח כפייה לבתי המשפט, ובכך הפך לממשי את האיום בסנקציה המצוי בבסיס המשפט הפלילי. כוח הכפייה של המדינה גם הבטיח את הפעלת המשפט לאורך זמן ובאופן אחיד על כל המשתייכים לאותה קהילה פוליטית. כל עוד הקהילה הבינלאומית חסרה כוח כפייה ויכולת להוציא את איום הסנקציה הפלילית מן הכוח אל הפועל באופן נמשך ואחיד, עולה החשש מפני שימוש בנורמות המשפט הבינלאומי באופן סלקטיבי על ידי קבוצות פוליטיות חזקות כלפי קבוצות פוליטיות חלשות יותר.
נחזור, אם כן, אחורה אל יסודות המשפט הפלילי המודרני. מול עקרון סמכות השיפוט הטריטוריאלית, היוצר זיקה בין בית המשפט לקהילה פוליטית, עומד עקרון יסוד נוסף של המשפט הליברלי, והוא עקרון הפרדת הרשויות. עיקרון זה חשוב במיוחד במשפט הפלילי, מאחר שהוא נועד לשמר את המבנה המשולש של המשפט (שני צדדים מסוכסכים וצד שלישי מרוחק השופט בעניינם). כפי שמסביר מרטין שפירו, המבנה המשולש של המשפט הוא עיקרון הנובע מן השכל הישר – הוא נועד לתת לצד שלישי שאינו מעורב בסכסוך את הסמכות לשפוט. ואולם מבנה זה מכיל בתוכו פרדוקס, שהרי ברגע שניתן פסק דין המבנה המשולש קורס והצד המפסיד רואה עצמו עומד לבדו מול שניים.[35] לפיכך דרש מבנה זה חיזוק ללגיטימציה שלו.
בעבר, במשפט הרומי למשל, הלגיטימציה הושגה על ידי כך ששני הצדדים יכלו לבחור הן את הדיין הן את הדין שלפיו יוכרע הסכסוך. במילים אחרות, הסכמת הצדדים מלכתחילה היא שיצרה את המחויבות שלהם לציית לפסק הדין בדיעבד. ואולם במשפט המודרני, שבו הצדדים אינם בוחרים את הדין או את הדיין, ובמיוחד במשפט הפלילי, שבו הקהילה המדינתית תובעת את היחיד הסוטה, והשופטים שופטים מטעם הקהילה וכדי לקדם את עניינה – קשה במיוחד לשמר את מראית העין של מבנה משולש. הלגיטימציה מושגת הפעם על ידי "תחליפי הסכמה", כלומר, על ידי הקפדה על עצמאות הרשות השופטת, ועל האובייקטיביות של הכללים של הדין הפלילי המהותי.[36]

שמירה על עקרון הפרדת הרשויות איפשרה לבתי המשפט לפתח עצמאות ביחס לרשות הפוליטית על שתי זרועותיה, המחוקקת והמבצעת, ובכך לצמצם את הסכנות הרבות של שימוש במשפט הפלילי בידי השלטון ככלי לפגיעה ביריב פוליטי.[37] נוסף לכך, עקרון הפרדת הרשויות נועד למנוע מן הרשות השלטונית התערבות בהליך קיים כדי לסכל את הפעלת החוק הפלילי נגד אנשים שביצעו פשעים בשם המדינה. אולם יומרה זו של המשפט הפלילי המודרני ניצבת מול קושי גדול כאשר מדובר במשפטים פוליטיים. כך למשל, כאשר עולה האשמה נגד גופים של המדינה בדבר פשעי מלחמה או פשעים נגד האנושות, קיים חשש שהרשות הפוליטית תנסה להתערב במשפט, ובכל מקרה, השופטים המזוהים עם הקהילה הפוליטית שבשמה לכאורה פעלו הנאשמים, עלולים להיראות מוטים בדינם. במילים אחרות, העצמאות השיפוטית המבוססת על העדר משוא פנים כלפי הצדדים האינדיווידואליים לסכסוך, לא הניחה מעולם קיומה של עצמאות פוליטית מלאה של הרשות השופטת כלפי המשטר הקיים. זהו קושי מבני במשפט המודרני, שהמשפט הפוליטי מעלה אל פני השטח. הדוקטרינה של הפרדת הרשויות, המספקת לגיטימציה במקרה הרגיל, נכשלת במשימה זו פעמים רבות כאשר עסקינן במשפט פוליטי.
כל משפט פוליטי מתחיל במה שאפשר לכנות מצב של "שוני רדיקלי". זהו מצב שבו שתי קבוצות המחזיקות בדעות מנוגדות, או כאלו שאינן מתיישבות באופן יסודי לגבי ערכי יסוד, נפגשות בבית המשפט. משפט פוליטי, לשיטתי, הוא משפט העוסק בעניין בעל רגישות פוליטית גבוהה, ושאין לגביו הסכמה ערכית.[38] העימות הוא רדיקלי במובן זה ששני הצדדים חלוקים הן לגבי הדין המהותי האמור להכריע בסוגיה, הן לגבי כללי הראיות והפרוצדורה, והן לגבי הערכאה הראויה לדון בסכסוך. כלומר, המחלוקת נוגעת לעצם כללי המשחק הלגיטימיים של ההכרעה המשפטית בסכסוך. אי אפשר לפתור מחלוקת זו רק באמצעים משפטיים, כיון שהיא אינה נוגעת לשאלה משפטית טהורה כמו פרשנות של חוק או של מצב עובדתי. במקום זאת היא מעלה את ה(מטא)־שאלה הראשונית – לאיזו מערכת משפטית יש זכות להכריע בעניין, ולאיזו ערכאה יש סמכות לשפוט אותו. במילים אחרות, במצבי שוני רדיקלי אי אפשר עוד להחזיק בפיקציה של הסכמת הצדדים, העומדת בבסיס הפעלת כוחו הכופה של המשפט הפלילי בדרך כלל.[39] במקרים כאלה, המבנה המשולש של המשפט קורס והופך למבנה בינארי, שבמסגרתו עומדים שני צדדים זה מול זה במאבק כוחני, ללא

חוק מכריע המקובל על שני הצדדים ואשר לאורו אפשר לפסוק בסכסוך. במשפט רגיל שני הצדדים המסוכסכים יכולים להביא את עניינם בפני צד שלישי (מוסדות השיפוט של המדינה), שבהיותו מנותק מן הסכסוך הוא יכול להבטיח חוסר משוא פנים וכך להעניק לגיטימציה להכרעתו. במקרים של שוני רדיקלי לא קיים "צד שלישי" מוסכם, כיון שאחד משני הצדדים רואה בבית המשפט יריב, והלגיטימציה שלו שנויה במחלוקת. במילים אחרות, בית המשפט סובל מגרעון כרוני בתוקף פסיקותיו, כאשר הוא מכריע במשפט פוליטי מסוג זה.

משבר כזה מתגלה לאחר מלחמה או מהפכה, כאשר משטר אחד שופט את פשעי קודמו. זה קורה, למשל, במדינות העוברות ממשטר אוטוריטרי למשטר דמוקרטי, ובתהליך המעבר לוקחות על עצמן לשפוט את פשעי המשטר הקודם. גם מצבים שבהם מדינה נמצאת על ספּהּ של מלחמת אזרחים, ובתי המשפט של המשטר הקיים נקראים לשפוט את מי שמבקשים לשנות את המשטר, מזמנים מחלוקות מסוג זה. בכל המצבים הללו בתי המשפט עצמם מזוהים עם אחד הצדדים בסכסוך. אך מצב כזה יכול להתרחש גם במשפטים פליליים בתוך חברות דמוקרטיות שאינן נמצאות בשלבי שינוי או מעבר, במיוחד כאשר מתנהל סכסוך ממושך בין קבוצות אתניות, דתיות ולאומיות.[40] גם אז עלול להתערער המבנה המשולש של המשפט, כיון שהשופט מזוהה עם אחד הצדדים בסכסוך.

כפי שציינתי, התיאוריה הליברלית הקלאסית התמודדה עם הקושי של המשפט הפוליטי באמצעות דוקטרינת הפרדת הרשויות. דוקטרינה זו נועדה לוודא שהרשות השופטת והרשות המבצעת במדינה נפרדות זו מזו. דוקטרינה זו מסייעת במקרים האופייניים למשפט הפלילי או למשפט הציבורי, כאשר המדינה היא צד בסכסוך. היא גם מחלישה את ההטיה במשפטים פוליטיים "רגילים", כאשר המניע של השלטונות הוא רדיפה פוליטית, או כאשר הפשע הוא פוליטי במהותו. ואולם דוקטרינה זו נמצאת מוגבלת במצבים שבהם פשעים נעשים בשם המדינה הריבונית נגד קבוצות הנתפסות כמאיימות על ביטחונה ועל המשך קיומה. קושי השיפוט של בתי המשפט הלאומיים חמור במיוחד כשמדובר בפשעים שביצעו לכאורה ראשי המדינה ומפקדים בצבא בשם המדינה ולמען ביטחונה. קשה לצפות ממשלה שהייתה אחראית לפשעים כאלו להיות יעילה במיוחד בהעמדת האחראים לדין בגינם. דוקטרינת הפרדת הרשויות אשר חלה במשפט הלאומי הפנימי אינה יכולה לספק ערובה טובה במקרים כאלו, בגלל החשש לפוליטיזציה

של המשפט. הדרך שבה ניסה המשפט הבינלאומי להתמודד עם הבעיה הייתה העברת השיפוט של המעשים האמורים מבית המשפט הלאומי אל בית משפט חיצוני המשוחרר מכל שיוך וזיהוי פוליטיים, בהנחה שבית משפט כזה יוכל לרדת לחקר האמת בנוגע לפשעים שנעברו לכאורה בשם המדינה. אפשר לראות בכך הרחבה של הדוקטרינה של "הפרדת הרשויות" והפעלתה ברמה הבינלאומית; או שניתן לראות בכך יצירה מחדש של המבנה המשולש, על ידי מציאת שופט המרוחק באמת מן הסכסוך.[41]

למרבה האירוניה, דווקא הניסיון של השנים האחרונות להעביר את העניין מסמכות השיפוט של בתי המשפט הלאומיים אל בתי משפט של מדינות צד שלישי מהווה בסיס להאשמות חדשות בדבר הפוליטיזציה של המשפט. התפתחויות במשפט הבינלאומי מאפשרות כיום להעמיד ראשי מדינות למשפט בפני בתי דין בינלאומיים או בבית משפט של מדינות צד שלישי. לראשונה נתבעים ראשי מדינות לתת דין וחשבון על פעולותיהם הפליליות לפני הקהילה הבינלאומית. בכך אפשר לראות התקדמות לקראת הגשמת הרעיון של שוויון הכול בפני החוק. ואולם ברגע היסטורי זה, הנאשמים החדשים בוחרים לסמוך על המיתוס המכונן של שלטון החוק – על עקרון הפרדת הרשויות – כדי למנוע את בית המשפט מלדון בעניינם. הם טוענים כי עצם הניסיון להפקיע את עניינם מסמכות השיפוט של בתי המשפט במדינותיהם הופך אותו למשפט פוליטי, כלומר, לפעולה כוחנית של גופים בעלי אינטרס פוליטי המסווית כהליך משפטי הוגן. יתרה מזאת, לטענתם, הפעלת סמכות השיפוט נעשית באופן סלקטיבי כלפי מנהיגים של מדינות חלשות, והיא פוגעת בעיקרון של שוויון הכול בפני החוק ומצביעה על הפוליטיזציה של התהליך כולו.

כיצד עלינו להתייחס לטענות אלו? כדי להתיר את סבך השאלות עלינו לחזור למושכלות יסוד לגבי שלטון החוק. כיצד ובאיזה אופן מאיים המשפט הפוליטי על עקרון שלטון החוק? האם הסכנה טמונה אך ורק בפגיעה בהפרדת הרשויות, כפי שאנו רגילים לחשוב, או שמא הפרדה קיצונית מדי בין משפט לפוליטיקה (או ביתר דיוק, בין בית המשפט לקהילה הפוליטית) עלולה ליצור סכנות דומות? הוויכוח שהתעורר בזמנו לגבי שאלת הלגיטימיות של משפט אייכמן בירושלים יכול לעזור לפתור חלק מן השאלות המתעוררות מחדש היום.

כפי שציינתי לעיל, המבנה המשולש של הסכסוך המשפטי מכיל בתוכו פרדוקס – חשש מהקריסה למבנה בינארי, לאחר שניתנה הכרעת הדין

על ידי השופט. את בסיס הלגיטימציה של המשפט ביססו לכן על הסכמת הצדדים, או על תחליפי הסכמה במדינה המודרנית.[42] "תחליף ההסכמה" במשפט הפלילי המדינתי התבסס הן על עצמאות הרשות השופטת ואוניברסליות הנורמה המשפטית, והן על הקשר של הרשות השופטת לקהילה שבה פגע הנאשם. אמנם השופטים נתפסו כמרוחקים מן הסכסוך וכמי שפועלים בהעדר משוא פנים, ואולם בו בזמן קבלת פסק הדין על ידי הצדדים התבססה דווקא על הקשר של השופטים לקהילה הפוליטית. השופטים במשפט הפלילי המדינתי נתפסו כמי שמכירים את הסכסוך, מפנימים את תוצאותיו (מאחר שכבני הקהילה הם עצמם סובלים מהם), וכמי שיסבלו בעתיד אם פסיקתם תהיה מוטעית (בשל האפקט השלילי על הביטחון והחירות בקהילתם). במילים אחרות, המשפט הפלילי המודרני היה פרי איזון בין הצורך ליצור מרחק בין השופט לצדדים לסכסוך (בעזרת הדוקטרינה של הפרדת הרשויות) לבין הצורך לשמור על קירבה לסכסוך (דרך הקפדה על סמכות שיפוט טריטוריאלית).

הניסיון להעביר את השיפוט של פשעים נגד האנושות לשיפוטם של צדדים שלישיים (בית משפט בינלאומי פלילי, או בתי משפט של מדינות צד ג') פגע באיזון זה. הוא התבסס לכאורה על עקרון הפרדת הרשויות – ניסיון ליצור מחדש את המבנה המשולש במשפט שעניינו פשע נגד האנושות, על ידי הפרדה בין השופט לבין הרשות הפוליטית שהיא צד לסכסוך. אך בו בזמן, הוצאת הסכסוך מסמכות בית המשפט הלאומי חתרה תחת הבסיס הקהילתי־הפוליטי של המשפט הפלילי המודרני והניחה במקומו קיומה של קהילה אוניברסלית פיקטיבית. בעמודים הבאים אפנה לבחון את שתי ההתפתחויות העיקריות במשפט הבינלאומי, שנועדו להבטיח שיפוט של פשעים נגד האנושות, ואנסה לראות האם אפשר ליצור מחדש את האיזון הזה – ברוח התיאוריה העולה מספרה של ארנדט על משפט אייכמן.

הקרימינליזציה של המשפט הבינלאומי

הפרשנות שנתן בית המשפט בעניין אייכמן לעקרון הסמכות האוניברסלית, כמו פרשנותה של ארנדט לעקרון הסמכות הטריטוריאליות, לא זכו בזמנן לעיקר תשומת הלב הבינלאומית. עובדה זו קשורה לכך, שלאחר משפט אייכמן לא ניסו בתי משפט מדינתיים להפעיל סמכות שיפוט אוניברסלית כדי לתבוע אזרחים של מדינות אחרות על הפרות

חמורות של זכויות אדם. הדבר נבע כנראה מכך, שפשעים נגד האנושות, פשע השמדת עם ופשעי מלחמה מבוצעים בדרך כלל בשם מדינות, או לפחות בחסותן. לקיחת סמכות שיפוט אוניברסלית של מדינה שלישית על פשעים כאלה מהווה בהכרח פגיעה בריבונותה של המדינה הרלוואנטית, ויוצרת חשש לפגיעה ביחסים בין שתי המדינות.[43] יתר על כן, עד להקמת בתי הדין של יוגוסלוויה ושל רואנדה הייתה הדעה הכללית, כי משפטים מעין אלה נגועים בפוליטיזציה והם בסך הכול ביטוי ל"צדק של מנצחים".[44] אך בשנים האחרונות השתנה מצב זה, וכמה תביעות בגין פשעים בינלאומיים שנעברו לכאורה נשמעו בבתי משפט מדינתיים. לדוגמה, הגשת כתב אישום בבית משפט ספרדי נגד אוגוסטו פינושה (לשעבר ראש מדינה) הובילה לא רק להליכים בבתי המשפט הספרדיים, אלא אף להליכי הסגרה באנגליה ולהגשת כתבי אישום בבלגיה, בצרפת ובשווייץ.[45] כמו כן, בית המשפט הבלגי היה מוכן לשמוע תביעה בעניינו של ראש מדינה מכהן – אריאל שרון – ועשה זאת תחת סמכות אוניברסלית שניתנה לו מכוח חוק חדש.[46] את הנכונות החדשה הזאת אפשר להסביר בהתפתחויות במשפט הבינלאומי לגבי הגדרת פשע נגד האנושות, החלשת עקרון הריבונות, חיזוק ההגנה על זכויות האדם, וכן סיום המלחמה הקרה.[47]

הקמתם של בתי דין בינלאומיים לשיפוט פשעי המלחמה ופשעים נגד האנושות שהתרחשו ביוגוסלוויה (ICTY) וברואנדה (ICTR) הייתה למעשה הקדמה ליצירת בית דין פלילי בינלאומי קבוע בהאג.[48] כיום קיימות שתי אפשרויות לתביעה על פשעים נגד האנושות, כאשר בתי המשפט הלאומיים במדינה הרלוואנטית אינם פועלים בעניין: בתי משפט של מדינות צד שלישי, המפעילים סמכות שיפוט אוניברסלית, ותביעות פליליות שיוגשו לבית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג (ICC), על פי חוקת רומא. לטענתי, האפשרות הראשונה, הנסמכת על עקרון הסמכות האוניברסלית, עלולה להוביל להרחבתה הבלתי מרוסנת של סמכות השיפוט,[49] ובכך היא מעלה את סכנת המשפטים הפוליטיים. חוקת רומא, לעומת זאת, יצרה עקרון סמכות שיפוט מוגבל הרבה יותר, שהוא בעל פוטנציאל טוב יותר ליצירת איזון ראוי בין המשפט הפלילי לקהילה הפוליטית.

אפשר להסביר את ההבדל בכך, שחוקת רומא, שהקימה את בית הדין בהאג, ניסתה לשמר את עקרון הריבונות המדינית במשפט הפלילי תוך יצירה מחדש של המבנה המשולש במקרים מיוחדים, כאשר הוא קורס במשפט פוליטי. לעומת זאת, בתי המשפט של מדינות צד ג' אימצו

גישה המחלישה מאוד את עקרון הריבונות במשפט הפלילי (עד כמה שהדבר נוגע לפשע נגד האנושות). לפי גישה זו, אין יתרון מובנה למדינת האומה בשיפוט הסכסוך הפלילי, אלא דווקא למדינות שהן זרות לסכסוך, שיאפשרו קיום טוב יותר של עקרון הפרדת הרשויות. נפנה כעת לבחון את ההשלכות של התפתחויות מקבילות אלו – האם ויתור על העיקרון של סמכות שיפוט טריטוריאלית הכרחי לצורך צמצום סכנת המשפט הפוליטי (כפי שגורסים התומכים באופן גורף בהכרה בסמכות שיפוט אוניברסלית), או אולי יש מקום להעדיף עדיין את העיקרון של סמכות השיפוט הטריטוריאלית, תוך חיזוקו באמצעים בינלאומיים כדי להתמודד עם סכנת הפוליטיזציה (כפי שגורסים התומכים באמנת רומא).

סמכות אוניברסלית בבתי משפט של מדינות צד ג'

העימות בין קהילה פוליטית לבית משפט חיצוני מתרחש בדרך כלל כאשר הקהילה מעניקה סוג מסוים של חסינות למנהיג פוליטי, או נמנעת כליל מלתבוע אותו. פשרות פוליטיות כאלו נגרמות בגלל צורכי פיוס או מעבר בין משטרים, והן נהנות מלגיטימציה בדרגות שונות.[50] במקרה של פינושה, לדוגמה, לאחר פרישתו מהנהגת המדינה ב־11 במארס 1990 הוא המשיך לפקד על הצבא עד 10 במארס 1998, ולאחר מכן הוא קיבל תואר של סנטור־לכל־חייו וזכה לחסינות על פי הוראות החוקה הצ'יליאנית. זו הייתה חנינה כוללת ביוזמתו של פינושה, סוג החנינה הפחות לגיטימי מכולם.[51] לעומת זאת, במקרה של אריאל שרון פעלו גם המערכת הפוליטית וגם המערכת הציבורית בישראל בתגובה לדעת קהל ביקורתית. לאחר שהפלנגות הנוצריות ביצעו את הטבח במחנות הפליטים סברה ושתילה, דעת הקהל הובילה להקמתה של ועדת חקירה בראשות שופט בית המשפט העליון. ועדה זו קבעה כי אריאל שרון, שהיה אז שר הביטחון, אחראי פוליטית. אך הוועדה לא המליצה על הליכים פליליים. הוועדה פרסמה דו"ח חמור, ושרון נאלץ להתפטר מן הממשלה.[52] הוא נבחר לראשות הממשלה רק כעבור עשרים שנה, וכיום הוא נהנה מחסינות בתור ראש מדינה מכהן. בתי המשפט בבריטניה ובבלגיה נאלצו להתמודד עם דילמה – כיצד להגיב לפשרות הפוליטיות הללו? האם מוצדק להימנע בגינן מקיום הליכים משפטיים בינלאומיים? מבלי לפרט יתר על המידה, שני הטריבונלים היו מוכנים להעניק פרשנות רחבה לעקרון סמכות השיפוט

האוניברסלית, וכך להעניק עדיפות לנורמות של המשפט הבינלאומי על פני המשפט הפנימי. פרשנות זו הגבילה את תחום החסינות הריבונית רק לראשי מדינה מכהנים, ולכאלו שכיהנו בתפקיד. דעה זו הובעה באופן הבהיר ביותר על ידי לורד ניקולס בעניין פינושה, וכך הוא כתב בדעת הרוב: "המשפט הבינלאומי הבהיר, כי סוגים מסוימים של התנהגות [...] אינם מקובלים עוד על איש. קביעה זו תקפה לגבי ראשי מדינה כפי שהיא תקפה לגבי כל אדם אחר, אם לא יותר מכך; מסקנה הפוכה רק תהפוך את המשפט הבינלאומי ללעג ולקלס."[53]

בית הדין הפלילי הבינלאומי ועקרון ההשלמה

מאז הקמתו של בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג,[54] תביעה בעניין פשעים בינלאומיים בבתי משפט של מדינה צד ג' איננה האפשרות היחידה הקיימת. בניגוד להסרה גורפת של מגבלות סמכות השיפוט הטריטוריאלית על ידי החלת הסמכות האוניברסלית בבתי משפט של צד שלישי, סמכות השיפוט של בית הדין הפלילי הבינלאומי, ה־ICC, משמרת את העדיפות לעקרון הטריטוריאליות ויוצרת סמכות התערבות בינלאומית בעלת הגדרה צרה ומגבלות מכוונות. חוקת רומא יוצרת כמה מנגנונים שמטרתם להעניק עדיפות לבתי משפט של מדינות שהן בעלות זיקה לסכסוך. המנגנון המעניין ביותר נעוץ בעקרון ההשלמה (סעיף 17), שעל פיו יקנה בית המשפט סמכות שיפוט רק כאשר מערכות משפטיות לאומיות רלוואנטיות אינן מסוגלות או אינן רוצות להפעיל סמכות שיפוט.[55] לפני שיקנה סמכות שיפוט, על בית הדין לקבל את הסכמתה של המדינה שבשטחה בוצע הפשע, או את הסכמתה של מדינת האומה של הנאשם, לבד ממקרים שבהם מועצת הביטחון היא היוזמת את ההליך.[56]

מגבלה חשובה נוספת נכללת במנגנון היוזם של הליכים אלו. רק מדינה או מועצת הביטחון יכולות ליזום הליכים, בעוד שגורמים פרטיים (כגון קורבנות הפשע) מנועים מיוזמה כזו. תנאים אלו ואחרים לקניית סמכות שיפוט על ידי ה־ICC יכולים להתפרש בצורה אינסטרומנטלית, ככלים המכוונים להרחיב את קבלתו של בית הדין בקרב הקהילה הבינלאומית ואת יעילות הכרעותיו. אך אני מבקשת להציע, כי יש לחפש הצדקה עקרונית יותר לצמצום סמכות השיפוט, הצדקה שתתבסס על הבנת הקשר בין המשפט הפלילי לבין הקהילה הפוליטית, קשר שעמד בבסיס כיבוד עקרון הריבונות בהקשר של

המשפט הפלילי המודרני.

כפי שראינו, ה־ICC נוצר כדי להתמודד עם חסר שיטתי באכיפת החוק בנוגע לפשעים נגד האנושות, המתבצעים בדרך כלל בשם המדינה ולמען האינטרסים שלה. אפשר לפרש את תפקידיו בהקשר זה בשתי דרכים שונות מאוד. הפרשנות "המקסימליסטית" רואה את בית הדין כממלא תפקיד של בית משפט פלילי רגיל, כאשר המערכת המדינתית נכשלת או כשהיא אינה מספיקה. על פי פרשנות זו, יש לצפות כי תביעות בפני ה־ICC הן שיחוללו את ההתקדמות העיקרית באכיפת נורמות בינלאומיות על המדינות. במילים אחרות, לפי גישה זו, הכשלים המובנים באכיפת פשע נגד האנושות ביטלו את המבנה המשולש ברמה המדינית, וניתן לשקם מבנה זה רק על ידי החלפת בתי המשפט הלאומיים בבית הדין הפלילי הבינלאומי.

הפרשנות "המינימליסטית", שאותה אני מבקשת לקדם, רואה את בית הדין הבינלאומי כמחזק את המבנה המשולש במערכת המדינתית, על ידי קבלת תפקיד פיקוחי. תפקידו העיקרי יהיה לבדוק אם הרשויות המדינתיות פעלו "מחוץ לחוק" או "במסגרת החוק" בהגנה על הפושעים־לכאורה; כלומר, האם בתי המשפט המדינתיים מתפקדים, והאם הם פועלים במסגרת סמכות השיפוט שלהם. על פי השקפה זו, תפקידו העיקרי של ה־ICC איננו להיות בית משפט של ערכאה ראשונה במרבית המקרים, אלא רק במקרה נדיר של התמוטטות מוחלטת של המערכת המשפטית או הימנעות מכוונת מהעמדה לדין. יתר על כן, גם במקרים שבהם קיים חשד שהחנינה המדינתית או ההליכים המקומיים לא התבצעו בתום לב, אין להבין את תפקידו של בית הדין כערכאת ערעור רגילה המחליפה את שיקול הדעת של השלטונות הפוליטיים המקומיים. על ה־ICC לפרש את סמכותו בצורה מוגבלת, המאפשרת לו לבחון האם הרשויות המקומיות פעלו במסגרת החוק או מחוץ לגבולותיו, כאשר קידמו את יעדיהן הפוליטיים.[57]

רק אם נאמץ את הפרשנות המינימליסטית ל־ICC – הרואה בו פורום משלים ולא ערכאה ראשונה – נוכל ליצור איזון הולם בין הטריבונל לבין הקהילה הפוליטית. הלאקונה שבית הדין אמור למלא היא המחסור במנגנון יישומי של נורמות בינלאומיות. קיומו של בית דין פלילי בינלאומי קבוע יפעיל לחץ על בתי המשפט המדינתיים לפעול, ויספק להם טיעונים טובים יותר נגד לחצים בלתי ראויים של פוליטיקאים במדינתם.[58] יתר על כן, כאשר בית הדין יפעיל את שיקול דעתו כדי להכריע אם החקירות וההליכים המשפטיים המדינתיים

התבצעו בתום לב, פסיקתו בעניין תסייע לפתח גוף של תקדימים שיתפקדו כהנחיות בשביל המדינות, בין השאר לגבי הליכים ראויים למתן חנינות, לכינוס ועדות אמת וכדומה.[59]

נדמה כי בהעדרו של מנגנון אכיפה בינלאומי, האיזון שנוצר בבתי המשפט של מדינות צד ג' שהפעילו את סמכות השיפוט האוניברסלית נוטה לכיוון של פוליטיזציה בלתי ראויה על חשבון קידום שלטון החוק. בתי משפט אלו היטו את האיזון בכיוון של מתן משקל יתר לשיח אוניברסלי לגאליסטי, כדי לנסות ולשוות לפסיקתם נופך אובייקטיבי. בשל כך הם לא יכלו לקחת בחשבון באופן מובנה שיקולים הקשורים להקשר הפוליטי הפנים־קהילתי של הסכסוך הנדון. יצירתו של ה־ICC עשויה לשנות איזון קלוקל זה על ידי מתן יותר כוח לחוק ולמשפט (איום בתביעה בפני ה־ICC), אך בעת ובעונה אחת להבטיח כי במצב רגיל תישאר הערכאה השופטת קשורה לקהילה הפוליטית המעורבת. חנינות הניתנות על ידי קהילה פוליטית מקומית לא ייחשבו בהכרח לכישלון של שלטון החוק, אלא ייבחנו לאור מהות הקשר בין המשפט לקהילה הפוליטית, ולאור הצלחתן לקדם דמוקרטיה מתפקדת עם שלטון חוק חזק.

הצלחתו של ה־ICC לא תימדד אפוא במספר התביעות שיובאו לפניו, אלא בהפחת חיים חדשים בהגשת התביעות לפני בתי המשפט המדינתיים.[60] כך יישארו על כנם בתי המשפט המדינתיים בתור המפעילים העיקריים של המשפט הבינלאומי הפלילי. מצב זה רצוי, מכיון שבבתי המשפט המדינתיים אפשר לשמור בצורה הטובה ביותר על האיזון בין שלטון החוק לבין אפקטיביות האכיפה, בשל הלגיטימציה הניתנת לפסק הדין בעיני הקהילה המקומית. משפט פוליטי יהיה לגיטימי, אם כן, כאשר שלטון החוק יכונן בו על ידי יצירת המרחק המתאים בין בית המשפט לשלטונות הפוליטיים, ואיזון הולם בין קירבה מוגזמת למרחק מוגזם.

בין ועדת אמת למשפט פוליטי

לאחר תפיסת אייכמן ובזמן משפטו ניהלה ארנדט התכתבות ענפה עם מורה לשעבר וחברה הקרוב, הפילוסוף קרל יאספרס. השניים עסקו רבות בשאלת הלגיטימיות של המשפט בירושלים. שניהם הסכימו לגבי פרשנות הפשע נגד האנושות – פשע הפוגע בפלורליות האנושית. המחלוקת התמקדה בשאלה, מהי הדרך הנכונה לשפוט את פשעיו של

אייכמן. יאספרס הציע הצעה חדשנית, לחשוב מחדש על מהותו של ההליך הפלילי עצמו. מהותו של הפשע המופנה נגד הקהילה האנושית אינה מאפשרת לו להישפט בבית משפט לאומי כלשהו. לפיכך הציע יאספרס לחלק את ההליך לשני שלבים. בשלב הראשון המשפט יתקיים בבית המשפט הישראלי. ואולם לא יהיה זה משפט פלילי רגיל, במובן זה שבית המשפט הישראלי יהיה משולל סמכות לגזור את הדין. תכלית ההליך תהיה בירור האמת ההיסטורית – מעין ועדת אמת כפי שאנו מכירים אותה כיום. לאחר מכן תעביר ישראל את אייכמן לידי האו״ם, שיתבקש להקים ערכאה שיפוטית שתוכל להעניש את אייכמן בשם האנושות, או להודות בחוסר יכולתו לדון בעניין (דבר שיהווה תמריץ ליצירת בית דין פלילי בינלאומי קבוע בעתיד). יאספרס הוסיף, כי בדרך זו תתוקן ההטיה האנגלו־אמריקנית המסתירה את הפוליטי תחת המסווה של המשפטי. לטענתו היה מדובר בשאלה היסטורית פוליטית שיש לדון בה באופן ישיר ובגלוי. אצטט חלק ממכתבו של יאספרס בעניין:

> היה זה נפלא אילו לא נערך המשפט כלל, ותחת זאת היה מתקיים תהליך של בדיקה והבהרה. המטרה – להשיג בירור אובייקטיבי הטוב ביותר האפשרי של העובדות ההיסטוריות. התוצאה תהיה לא פסק דין של שופטים, אלא ודאות באשר לעובדות, ככל שוודאות כזאת היא בטווח ההשגה. ואז מה? אני סבור שישראל הייתה יכולה אז להצהיר כדלקמן: אין ברצונה לגזור את הדין. המאורעות הם מעבר לסמכות המערכת המשפטית של מדינה כלשהי. נוסף לכך, המצב הוא כזה שישראל תשפוט בעניינה לגבי נושא שבמהותו הוא מסדר אחר. עניין זה נוגע לאנושות כולה; ישראל צריכה להעביר את הראיות ואת הפושע לרשות – של מי? של האו״ם? התוצאה האפשרית: שום גורם לא ירצה קשר כלשהו עם התיק הזה. אבל העובדה החדשה וכבדת המשקל הזאת תטיל את צלה הארוך על האו״ם, ותעיק עליו מאוד במונחים של תפיסת הצדק וכבוד האדם של הציבור.

יאספרס אף לא התאפק והוסיף הערה עוקצנית לגבי שיטת המשפט האנגלו־סקסית, שעליה שמה ארנדט את יהבה:

> התחום הפוליטי הוא בעל חשיבות סגולית שאינה נתפסת באמצעות הקטגוריות המשפטיות (הניסיון לעשות זאת הוא אנגלו־סקסי ובבחינת הולכת שולל עצמית, המסווה עובדה בסיסית בתיפקוד של הקיום הפוליטי) [...] למען האמת ההיסטורית והבהירות יש להוציא את העניין מן המסגרת המשפטית הצרה.[61]

תשובתה של ארנדט מפתיעה. ראשית, היא עונה ליאספרס במישור המשפטי העובדתי. הניסיון להקים בית משפט בינלאומי פלילי, או ועדת אמת שתוביל בסופו של דבר להקמת בית משפט כזה, איננו חדש, ועד עתה הוא נכשל תמיד. למרות ביקורתה הנוקבת על ההטיות הפוליטיות של משפט אייכמן, ארנדט מביעה אמון במשפט וביכולתו לשפוט פשע נגד האנושות, ובפרט בכוחו של בית המשפט הישראלי ובזכותו (ואפילו חובתו) לעשות כן. לדעתה, הטענה כי ישראל תשפוט בעניינה אינה פוגעת בסמכותה (במסגרת כללי סמכות השיפוט הקיימים). היא מראה כי אפשר להתגבר בצורה משפטית על כל הקשיים שהעלה יאספרס. ואולם ברור לארנדט, כי לא לכך כיוון ידידה. ולכן היא פונה לענות לו גם במישור העקרוני – בדבר היחס הראוי בין התחום הפוליטי למשפטי:

> אפשר שתראה בכל זה ניסיון שלי לתחום את הפוליטי במושגים משפטיים. ואני מודה אפילו שבכל הנוגע לתפקיד החוק, הושפעתי מאוד מן המשפט האנגלו־סקסי. אך מעבר לכך, נראה לי כי ממהות העניין הוא שאין בידינו כלים לבד מכלי המשפט לשפוט באמצעותם ולהוציא פסק דין בנושא שאין כל אפשרות הולמת לייצגו, לא במונחים משפטיים ולא במונחים פוליטיים. זה בדיוק מה שעושה את התהליך עצמו, כלומר, את המשפט, למרתק כל כך.[62]

תשובה זו מצביעה על המפתח להבנת פתרונה של ארנדט בספרה *אייכמן בירושלים*. המכתב מרמז על הבנתה של ארנדט, כי כאשר המשפט הפלילי הופך להיות כלי לדיון מוסרי או היסטורי הוא מאבד את משמעותו ואת כוחו. המשפט הפלילי קשור תמיד לרובד הפרטיקולרי של קהילה פוליטית נפגעת, המממשת את זכותה להעניש את הפוגע. ואולם קשר זה בין המשפטי לפוליטי איננו פוגע באובייקטיביות של המשפט, לדעתה, אלא דווקא נותן לו כוח להתמודד עם הדילמות הקשות מנשוא של השואה. ביכולתו של ההליך המשפטי להפוך את הפשע הלא־נתפס למשהו ממשי – דרך הפרוצדורות המשפטיות המוכרות. בכל פעם שמנסים ״לטהר״ את ההליך המשפטי על ידי הפרדת החלקים השונים שבו – בירור האמת ההיסטורית, ענישת העבריין, ריפוי וחינוך הקהילה – מגלים כי ההליך מאבד את כוחו.

במציאות ההיסטורית שלאחר משפט אייכמן התממשו שתי האופציות שעליהן כתב יאספרס. כך למשל, דרום אפריקה בחרה לדון בפשעי האפרטהייד במסגרת ועדות פיוס וועדות אמת, שנשלל מהן הכוח

להעניש עבריינים (הסמכות הוגבלה להענקת חנינה אינדיווידואלית לאלו שהתוודו על פשעיהם).[63] לעומת זאת, אמנת רומא, כפי שראינו, יצרה את בית הדין הפלילי הבינלאומי בהאג. החזון בבסיס בית הדין הוא מימוש הרעיון המופשט שעליו כתבו יאספרס וארנדט, כי הקהילה הנפגעת מן הפשע נגד האנושות היא האנושות כולה, ולפיכך הכוח לשפוט מוצא בחלקו מידיהם של בתי המשפט הלאומיים. שתי האופציות מייצגות את שני הקצוות של הטיפוס האידיאלי – בירור האמת ללא ענישה, או ענישה בינלאומית – מחוץ לשדה הפוליטי של קהילות פרטיקולריות.

ארנדט מזכירה לנו בספרה, כי האופציה השלישית של סמכות טריטוריאלית בבית משפט לאומי, שנוסתה במשפט אייכמן, הייתה בעלת פוטנציאל טוב, שהתממש רק בחלקו. הקושי שלנו להכיר בה כאופציה נבע מהעדר תיאוריה שלמה יותר, שתאפשר לראות בערבוב בין הפוליטי למשפטי דווקא את היתרון העיקרי של המשפט הפלילי המודרני.[64] אמנת רומא, שניסתה להגשים את האידיאל של הקמת בית משפט פלילי בינלאומי, שארנדט ויאספרס שאפו לו, לא התפתתה לאמץ את הפתרון הגורף שמציעה הסמכות האוניברסלית, אלא שימרה את עקרון הסמכות הטריטוריאלית, ובכך המשיכה בדרך שסימנה ארנדט שנים רבות קודם לכן.

הערות

תודתי נתונה לדורין לוסטיג על העזרה הרבה במחקר, לז'וזה ברונר ולשי לביא על הערותיהם, ותודה מיוחדת לחגי כנען, שהציג בכנס בשמי גירסה מוקדמת של עבודה זו.

1. חנה ארנדט, *אייכמן בירושלים: דו"ח על הבנאליות של הרוע*, מאנגלית: אריה אוריאל, תל-אביב 2000 (להלן: אייכמן בירושלים), עמ' 279-280.
2. לדיון בפרשנות פשע נגד האנושות במשפטי נירנברג, ברבי, דמיאניוק ועוד ראו: Lawrence Douglas, *The Memory of Judgment: Making Law and History in the Trials of the Holocaust*, New Haven 2001, pp. 3-80, 97-191, 234
3. להרחבה ראו Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, trans. by Daniel Heller-Roazen, Stanford 1998
4. החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם, תש"י-1950, ס"ח 57, 281 (להלן: החוק לעשיית דין בנאצים ועוזריהם).
5. ת"פ (י-ם) 40/61 י"מ נ' אייכמן, פ"מ מה 3, 21-28 (להלן: עניין אייכמן (מחוזי)).
6. ע"פ 336/61 אייכמן נ' י"מ, פ"ד טז(3) 2033, 2066-2067 (להלן: עניין אייכמן (עליון)).

7. עניין אייכמן (עליון), עמ' 2066-2067.
8. Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, London 1996, chap. 5
9. S. Holmes, "Why International Justice Limps", *Social Research* 69, (2002), p. 1055; J. I. Charney, "Editional Comments: International Law and the Role of Domestic Courts", *A.J.I.L* 95, (2001), p. 120 (להלן: צ'ארני).
10. חשוב לציין, שהדרישה לנוכחות הנאשם, הגם שהיא מינימלית, איננה מובנת מאליה לעניין סמכות שיפוט מחוץ לגבולות הריבונות. דוגמה לכך היא משפטו של מרטין בורמן, שנערך בנירנברג ללא נוכחותו. אייכמן בירושלים, עמ' 269-270.
11. אייכמן בירושלים, עמ' 264.
12. שם, עמ' 269-274.
13. שם, עמ' 159.
14. יש להבחין בין שלב המשפט האוראלי, בו נשמעו עדויות של יותר ממאה ניצולים, לבין שלב כתיבת פסק הדין, שבו הקפידו השופטים שלא להרשיע על בסיס עדויות ניצולים בלבד, אלא הסתמכו ברוב המכריע של המקרים על מסמכים שכתבו פקידים נאצים בעצמם.
15. ככל שמדובר במסגרת התייחסות משפטית, המניע למול הכוונה המידית של העבריין אינו רלוואנטי לקביעת אחריות משפטית, ולפיכך יכול להישאר "ייחודי". ראו: George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Boston & Toronto 1978, p. 452 משכך, בית המשפט יכול היה לדבוק בעמדתו בדבר ייחודיות המניע של אייכמן (בלתי אנושי, חייתי), מבלי להפחית בערכו של הבסיס המשפטי להעמדתו לדין ועניינו (תקדימים משפטיים בדבר פשעי מלחמה ורצח עם). אך ראו תיקון לחוק העונשין הישראלי משנת 1995, שבמסגרתו הוכנסה התייחסות מסוימת למניע בעבירות מסוג עבירות מטרה, חוק העונשין (תיקון מס' 43) (התאמת דיני הענשין לחלק המקדמי ולחלק הכללי), התשנ"ה-1995, ס"ח 1537, אשר הוסיף את סעיף 90א לחוק העונשין, התשל"ז-1977, ס"ח 864, 226.
16. אייכמן בירושלים, עמ' 279-280.
17. בית המשפט העליון מרכך התייחסות זו ומכניס את הדיון בפשע נגד העם היהודי תחת הקטגוריה הכללית של פשע נגד האנושות, ראו עניין אייכמן (עליון), עמ' 2047-2048. לדיון במתח החבוי בין אוניברסליזם לפרטיקולריזם בפסק הדין, ולטענה כי השופט אגרנט ביקש להדגיש את הרובד האוניברסלי של הפשע בעוד שהשופט זילברג, שאיבד את משפחתו בשואה, ביקש להדגיש את הפן הפרטיקולרי, ראו פנינה להב, *ישראל במשפט: שמעון אגרנט והמאה הציונית*, תל-אביב תשס"ג, עמ' 207-219.
18. "מאחר שהליכים פליליים הם בגדר חובה, ולכן פותחים בהם גם אם הקורבן מעדיף לשכוח ולסלוח, מסתמכים על חוקים ש'תמציתם', אם לצטט את טלפורד טיילור [...] היא 'שפשע אינו מתבצע רק נגד הקורבן אלא בראש ובראשונה נגד הקהילה שאת חוקיה הוא מפר'." אייכמן בירושלים, עמ' 272.
19. תוצאה זו נמנעה במשפט אייכמן על ידי שינוי כללי הפרוצדורה הפלילית והגבלת היכולת של קורבנות אינדיווידואליים לנהל קו תביעה נפרד משלהם. לפירוט ראו Leora Bilsky, *Transformative Justice: Israeli Identity*

on Trial, Michigan 2004, Chap. 4 (להלן: בילסקי).

20. אייכמן בירושלים, עמ' 272-274.

21. שם, עמ' 273.

22. המשפטנית מדלין מוריס מחזקת קו טיעון זה בהצביעה על כך, שמלכתחילה המשפט הבינלאומי שלל סמכות שיפוט על שודדי ים בשליחות מדינות, והגביל את סמכות השיפוט האוניברסלית לשודדי ים עצמאיים, כדי למנוע קונפליקט פוליטי בין מדינות. M.H. Morris, "Universal Jurisdiction in a Divided World: Conference Remarks", *New Eng. L. Rev.* 35, (2001), p. 337, 339-340 (להלן: מוריס)

23. אייכמן בירושלים, עמ' 274.

24. מעניין לראות את המעבר שארנדט מנסה לעשות כאן בין סמכות אישית לטריטוריאלית, בקשר לקהילה היהודית. באירופה היהודים הוכרו כקהילה עצמאית לצורכי משפט עד כמה שהדבר לא פגע באינטרסים החיוניים של הריבון. אפילו באנגליה, הקנאית לעקרון הסמכות הטריטוריאלית, ניתנה הכרה בקהילה היהודית לצורכי משפט דרך מוסד המושבעים המעורבים (mixed jury). בפרשנותה התרבותית למושג הטריטוריה מנסה ארנדט לגשר על הפער בין הכרה בסמכות השיפוט על בסיס אישי, שניתנה לקהילה היהודית באירופה ללא ריבונות מדינית, לבין יצירת סמכות שיפוט טריטוריאלית מדינית ליהודים במדינת ישראל. לעיון ראו: Marianne Constable, *The Law of the Other: The Mixed Jury and Changing Conceptions of Citizenship, Law, and Knowledge*, Chicago 1994 (להלן: קונסטבל).

25. בית המשפט המחוזי ציין גם הוא עובדות אלו, אך לא השתמש בהם כדי להגדיר מחדש את עקרון הסמכות הטריטוריאלית. עניין אייכמן (מחוזי), עמ' 55-56.

26. ע"פ 336/61 אייכמן (עליון), עמ' 2066-2067.

27. Martin Shapiro, *Courts: A Comparative Analysis*, Chicago 1981, p. 25 (להלן: שפירו).

28. לדיון מרתק בשינוי מהות הקהילה מקהילה מקומית - דתית אתנית - לקהילה מדינית טריטוריאלית (עם צמיחת מדינת הלאום) דרך מעקב אחר עלייתו ונפילתו של מוסד המושבעים המעורב באנגליה, ראו קונסטבל, במיוחד עמ' 67-95.

29. להרחבה ראו Alan Brundner, *The Unity of the Common Law*, Berkeley & Los angeles 1995, pp. 226-243

30. לאימוץ המוסד של תצהיר קורבן בישראל ראו חוק זכויות נפגעי עבירה, התשס"א-2001, ס"ח 1782. לדיון תיאורטי ביקורתי ראו Peter Brooks, *Troubling Confessions: Speaking Guilt in Law and Literature*, Chicago 2000, pp. 130-143

31. ביקורת על הפוזיטיביזם של המשפט הפלילי המודרני, המניח כי הקהילה הרלוואנטית היא המדינה, ובכך מוחק למעשה את המשפט של קהילות אורגאניות אחרות, וגם מבסס את המשפט הפלילי במהותו ככלי של כפייה ולא של הסכמה ובחירה, ראו קונסטבל, עמ' 67-95.

32. נוסף לכך סטה הדין הבינלאומי מן המשפט הפלילי המדינתי בחיזוק מעמד הקורבן, וזאת כדי ליצור לגיטימציה לאכיפת הדין הפלילי הבינלאומי

המתפתח. ראו למשל דיון לגבי שינוי הפרוצדורות בבית הדין הדן בפשעים ביוגוסלוויה, אצל Fionnuala Ni Aolain, "Radical Rules: The Effects of Evidential and Procedural Rules on the Regulation of Sexual Violence in War" *Albany Law Review* 60(3) (1997), pp. 883-905

33. לדיון בהשתנות משמעות הקהילה בעידן הגלובלי, ובצורך להגדיר מחדש קהילה פוליטית של יחידות על-לאומיות, ראו יורגן הברמאס, *הקונסטלציה הפוסט-לאומית: מסות פוליטיות*, מגרמנית: יעקב גוטשלק, תל-אביב 2001.

34. לדיון ראשוני בשאלת מעמד הקהילה הפוליטית-לאומית במשפט הבינלאומי ראו Jaime Malamud Goti, "The Moral Dilemmas about Trying Pinochet in Spain", *U. of Miami Inter-Am. L. Rev.* 32, (2001), p. 1; Anthony Sammons, "The Under Theorization of Universal Jurisdiction: Implications for Legitimacy on Trials of War Criminals by National Courts", *Berkeley J. International Law* 21 (2003), p. 111 (להלן: סאמונס).

35. ראו שפירו, עמ' 2.

36. שם, עמ' 26-28.

37. Otto Kirchheimer, *Political Justice: The Use of Legal Procedure for Political Ends*, Princeton 1961

38. להרחבה ולאיפיון של משפטים פוליטיים שונים ראו ערך משפטים פוליטיים, *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, ed. Paul B. Baltes, Oxford 2001

39. בהקשר זה ניתן לראות את קו ההגנה של מרואן ברגותי במשפטו - הגנה אשר שללה את סמכות בית המשפט הישראלי. וכאשר בית המשפט סירב לקבל טענה זו, בחר הנאשם לא לנהל כל הגנה, כדרך לכפור בלגיטימיות השיפוט של בית המשפט. (לעניין הסמכות ראו החלטת בית המשפט המחוזי בת"א מיום 19 בינואר 2003 בתפ"ח 1158/02 מ"י נ' ברגותי (טרם פורסם) (להלן: עניין ברגותי); לעניין הכרעת הדין ראו החלטת בית המשפט בעניין ברגותי מיום 20 במאי 2004; לעניין גזר הדין ראו החלטת בית המשפט בעניין ברגותי מיום 6 ביוני 2004). בדומה, ראו ע"פ 1632/95 עוזי משולם ו-11 אח' נ' מ"י, פ"ד מט (5), 534 וכן, דנ"פ 1294/96 משולם נ' מדינת ישראל פ"ד נב(5) 1 (להלן: עניין משולם), שגם בו סירב משולם לנהל הגנה במשפט שנתפס בעיניו כפוליטי.

40. לעיון בהשקפת עולם דומה, המביעה ספקות ביחס לסבירות הניסיון להבחין בין משפטים בזמן תהליכי מעבר לבין משפטים המתרחשים במשטרים דמוקרטיים, ראו S. Levinson, "Trials, Commissions, and Investigating Committees: The Elusive Search for Norms of Due Process", *Truth v. Justice - The Morality of Truth Commissions*, eds. R. I. Rotberg & D. Thompson, New Jersey 2000, p. 211-234

41. ניתן לראות בכך גם אנלוגיה לתפקיד הערעור, אשר יוצר מחדש את המבנה המשולש עבור הצד שהפסיד במשפט בערכאה הראשונה. ראו שפירו, עמ' 49.

42. שם, שם.

43. מוריס, עמ' 345-351.

44. בית הדין הפלילי הבינלאומי ליוגוסלוויה לשעבר, ICTY, הוקם בהאג בעקבות החלטה 827 של מועצת הביטחון של האו"ם. החלטה זו התקבלה

ב־25 במאי 1993, בעקבות הפרות חמורות של החוק הבינלאומי שנעשו על אדמת יוגוסלוויה לשעבר מאז 1991. בית הדין הפלילי הבינלאומי של רואנדה, ICTR, הוקם בעקבות החלטה 955 של מועצת הביטחון של האו"ם בנובמבר 1994. בית הדין הוקם לצורך תביעת האחראים לרצח העם והפרות חמורות נוספות של החוק הבינלאומי, כפי שהללו בוצעו על אדמת רואנדה בין ינואר לדצמבר 1994. כמו כן, בית הדין יכול לדון בתביעות נגד אזרחים רואנדים שביצעו באותה תקופה עבירות של רצח עם והפרות דומות של החוק הבינלאומי במדינות שכנות.

45. A. I. Hasson, "Extraterritorial Jurisdiction and Sovereign Immunity on Trial: Noriega, Pinochet, and Milosevic - Trends in Political Accountability and Transnational Criminal Law" *B.C. Int'l & Comp. L. Rev.* 25 (2002), pp. 125, 146-149; *The Pinochet Papers: The Case of Augusto Pinochet in Spain and Britain*, eds. Reed Brody & Michael Ratner, The Hague 2000

46. ההליכים נגד שרון החלו בהתאם לחוק הבלגי מ־1993, הנוגע לענישה בגין הפרות חמורות של אמנות ג'נווה והפרוטוקולים הנלווים להן, כפי שתוקנו ב־10 בפברואר 1999: Act of 16 June 1993 Concerning the Punishment of Grave Breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949 and their Additional Protocols I and II of 18 June 1977, Belg., Official Journal, 38 I.L.M. 918, 921 (1999); סאמונס, עמ' 113.

47. R. G. Teitel, "Theoretical and International Framework: Transitional Justice in a New Era", *Fordham Int'l L. J.* 26, (2003), p. 893

48. בית הדין הוקם על ידי אמנת רומא מיום 17.7.98 ונכנס לתוקף ביום 1.7.02. ראו Rome Statute of the International Criminal Court, http:// www.un.org.law.icc

49. אך ראו שינוי שחל בחוק הבלגי לאחרונה. החוק החדש מאפשר לפתוח בהליכים משפטיים רק כשהמתלונן או החשוד הוא אזרח בלגי או שהוא חי בבלגיה תקופה ממושכת לאחר ביצוע העבירה. כמו כן החוק מקנה חסינות דיפלומטית למנהיגי העולם ולבכירי ממשל המבקרים בבלגיה. התפתחות זו מביאה לצמצום הפער בין האופציה של תביעה במדינה צד שלישי ותביעה בבית הדין הפלילי הבינלאומי (השוני נותר בעיקר במנגנון היזום), Belgium adopts new war. CNN.com 1.8.03 "crimes law"; בלגיה: בוטל סופית החוק שאיפשר להעמיד את שרון לדין", *Ynet*, 1.8.03.

50. J. Llwellyn, "Just Amnesty and Private International Law", *Torture as Tort: Comparative Perspectives on the Development of Transnational Human Rights Litigation*, ed. Craig Scott, Oxford 2001, pp. 567-600

51. ראו G. K. Young, "Amnesty and Accountability", *U.C. Davis L. Rev.* 35, (2002), p. 427 (להלן: יאנג).

52. *דו"ח ועדת־החקירה לחקירת האירועים במחנות הפליטים בביירות התשמ"ג – דין וחשבון* (הוגש על ידי יצחק כהן, נשיא בית המשפט העליון – יושב ראש; אהרון ברק, שופט בית המשפט העליון – חבר; יונה אפרת, אלוף (מיל.) – חבר), עמ' 122־123. המלצות הוועדה נגעו לאחריותם האישית של

מספר נושאי משרה בממשלת ישראל ובצה"ל. אריאל שרון, שר הביטחון דאז, נמצא אחראי אישית לאירועים, והוועדה המליצה שראש הממשלה יביא לפיטוריו.

53. R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte [1999] 2 W.L.R. 272 (H.L.) הודפס מחדש ב־38 ILM 430 (1999). ואולם ההרכב הזה נפסל מאוחר יותר, וההרכב השני הסכים שבמסגרת החוק המדינתי והבינלאומי האוסר על עינויים ניתן להסיק את אי ההתאמה של דוקטרינת החסינות. לעיון מעמיק בסוגיה ראו J. I. Charney "Progress in International Criminal Law?" *A.J.I.L.* 93 (1999) p. 452

54. על פי אמנת רומא, מדינות יכלו להצטרף לבית המשפט באמצעות חתימתן עד 31 בדצמבר 2000. בית המשפט נכנס לתוקף החל מ־1 ביולי 2002.

55. עקרון ההשלמה מופיע במבוא לחוקת רומא, וכלול בסעיפים 1, 17־19. עיקרון זה קובע, כי למדינה שיש לה סמכות שיפוט על מקרה מסוים יש עדיפות על פני בית הדין בכל הנוגע לחקירה, לתביעה או לשפיטה. ברם, אם המדינה הנדונה אינה יכולה או רוצה לחקור או להעמיד לדין את החשוד, כי אז קמה סמכות לבית הדין (סעיף 17). ודוק, אם בית הדין משוכנע שההליכים הלאומיים אינם *אמיתיים* או לא *משקפים* את מלוא חומרת הפשע, קמה לו סמכות שיפוט במקומן. לדיון נרחב בסמכויותיו של בית הדין הבינלאומי והמגבלות המוטלות עליהן ראו ש' מטיאס ומ' שרון, "בית הדין הפלילי הבינלאומי", *המשפט* 15 (תשס"ג) (להלן: מטיאס ושרון), עמ' 14, 20־21. לדיון נרחב בעקרון ההשלמה ראו J. T. Holmes, "The Principle of Complementarity", *The International criminal Court: the making of the Rome statute: issues, negotiations, results*, ed. Roy S. Lee, The Hague 1999, pp. 41-78. לדיון בהתפתחות ההיסטורית של עקרון ההשלמה ראו: M. M. El-Zeidy, "The Principle of Complementarity: A New Machinery to Implement International Criminal Law", *Mic. J. Int'l L.* 23, (2002), p. 869

56. סעיף 12 דן בתנאים המוקדמים להפעלת הסמכות השיפוטית, ולפיו בית הדין רוכש סמכות שיפוטית באחד מארבעה מקרים: (א) המדינה שבשטחה בוצע הפשע אישררה את חוקת בית הדין. (ב) המדינה אישררה את החוקה והנאשם הוא אזרח שלה, הגם שביצע את הפשע במדינה שלא אישררה את החוקה, או שהמדינה המאשררת אינה רוצה להעמידו לדין. (ג) מצבים שבהם המדינה שבשטחה בוצע הפשע אינה חברה בחוקת בית הדין, אולם היא נתנה סמכות אד הוק לבית הדין לדון במקרה מסוים. (ד) מצבים שבהם מדובר במתן סמכות אד הוק לשיפוט אזרח של מדינה שלא אישררה את החוקה. מקרה חמישי ואחרון הוא רכישת סמכות שיפוט באמצעות פנייה של מועצת הביטחון. במקרה כזה, הסכמת מדינת השטח או הלאום אינה מחייבת (ראו לעניין זה גם את סעיף 13). מועצת הביטחון תפעיל את סמכותה לעניין זה בכפוף לסעיפים 39 ו־42 למגילת האו"ם, קרי: כל אימת שהכריזה על קיומו של איום לשלום, הפרה של השלום או מעשה תוקפנות. לדיון נוסף ראו מטיאס ושרון, עמ' 18־19.

57. אחד המודלים לבית משפט מעין זה, שיש בו דמיון לאידיאל שאליו אני חותרת, הוא המודל של בג"צ הישראלי. בג"צ לא פועל כערכאת ערעור על

פוליטיקה

החלטות הרשות הציבורית, אלא מפקח אם זו האחרונה פעלה במסגרת סמכותה. למן שנות ה־80 בג"צ הרחיב את סמכותו לכדי בחינת "סבירות" החלטות הרשות, אולם עדיין הקריטריון להתערבות נותר "אי סבירות קיצונית". ראו מ' מאוטנר "ירידת הפורמאליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי" *עיוני משפט* יז (תשנ"ג), עמ' 503. ניתן לצפות כי בשנים הראשונות לפעולתו יעדיף ה־ICC פרשנות מצמצמת לחוקה ויפעיל את סמכות ההתערבות במשורה, כדי לרכוש לעצמו מוניטין של מקצועיות ולגיטימציה להתערבותו. כך קרה לדוגמה בבית הדין האירופי, אשר קנה עם השנים לגיטימיות הולכת וגוברת בקרב מדינות הקהילה. ראו Peter L. Lindseth, "Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community", *Columb. L. Rev.* 99 (1999), p. 628

58. בתי המשפט יכולים לטעון, כי אין זו אלא מחויבותם להפעיל את סמכותם השיפוטית, שאם לא כך תועמדנה רשויות המדינה בסיטואציה שהיא בעייתית מאוד להן ב־ICC, אשר חסר את הכלים להעריך כראוי את הפשרות הפוליטיות שלהן. מאידך, ייתכן כי בתי המשפט ינקטו קו פעולה מתגונן ויתנו פרשנות מצמצמת לדין הבינלאומי. להתפתחות בעניין זה בבג"צ הישראלי ראו בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (טרם פורסם) [הטלת מגבלות על גירוש בני משפחה של מחבלים]; בג"צ 04/2056 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) [בג"צ פוסל תוואי גדר ההפרדה בעוקף ירושלים]. במסגרת הדיון הציבורי שנלווה להחלטת התערבות בג"צ בשני המקרים, הועלתה תדיר הטענה, כי עדיפה ביקורתו האוהבת של בג"צ על פני ביקורת של טריבונל בינלאומי.

59. יאנג. (יאנג סבור שהקווים המנחים לא צריכים להתפתח מתוך הפסיקה, אלא יישמו לתוך סדרי הדין ודיני הראיות המצורפים לחוקת רומא).

60. ראו צ'ארני, עמ' 120. בהקשר זה ראו המגמה שהסתמנה בגרמניה בעקבות משפט אייכמן, כאשר מערכת המשפט הגרמנית פעלה במרץ להביא לדין פושעי מלחמה נאצים אשר במשך שנים ארוכות נהנו מחסינות דה פקטו. ראו ארנדט, עמ' 22.

61. מכתב מיום 16 בדצמבר 1960. Hannah Arendt and Karl Jaspers, *Correspondence, 1926-1969*, Translated from the German: Robert and Rita Kimber, San Diego 1992, p. 413

62. מכתב מיום 23 דצמבר 1960 (ארנדט ליאספרס), שם, עמ' 416־417.

63. לעיון באופי ועדות הפיוס והאמת בדרום אפריקה, אשר ויתרו על כוח הענישה לטובת חנינה אינדיווידואלית, ראו Martha Minow, *Between Vengenance and Forgiveness*, Boston 1998

64. לדיון באופציה השלישית ועדיפותה על פני ועדות אמת, ראו ליאורה בילסקי, "העלמה והמוות: בית המשפט ותהליכי פיוס", *סוציולוגיה ישראלית* ג(2) (2001), עמ' 343־370. לדיון מפורט יותר ראו בילסקי, פרק 4.